

# **REVISTA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE**

# REVISTA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

NÚMERO 1 - ANO 2011



Núcleo Especializado da  
Infância e Juventude



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DE SÃO PAULO**



ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

Edição Especial da Revista da Defensoria Pública  
DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - EDEPE  
Rua Boa Vista, 103 - 13º andar  
CEP 01014-001 - São Paulo-SP  
Tel.: 11-3101-8455  
e-mail: escola@defensoria.sp.gov.br

**Revista Especial da Infância e Juventude**  
**Número 1 - Ano 2011**

**Diretora da EDEPE:**  
Elaine Moraes Ruas Souza

**Defensora Pública Geral**  
Daniela Sollberger Cembranelli

**Coordenador do Núcleo Especializado da Infância e Juventude**  
Diego Vale de Medeiros

**Coordenadora Auxiliar do Núcleo Especializado da Infância e Juventude**  
Leila Rocha Sponton

**Integrantes do Núcleo Especializado da Infância e Juventude**

Adele Aparecida Fernandes Morais Borges  
Ariane Carolino De Padua Paschoal  
Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes  
Cassia Zanquetin Michelão  
Dêbora de Vito Oriolo  
Denise Melo Salazar  
José Henrique Golin Matos  
Mara Renata Da Mota Ferreira  
Mariane Vinche Zampar  
Mateus Oliveira Moro  
Rafael Soares Da Silva Vieira  
Renata Klimke  
Thiago Santos De Souza

**Agente de Defensoria - Assistente Social**  
Daiane Santos Rennó

**Oficiais de Defensoria**  
Edilma Sanches Dos Santos Carvalho  
Luis Fernando Simões Moraes

**Estagiários**  
Hannah Halley Silveira Leite (Direito)  
Josemary Avezedo Da Silva (Direito)  
Jéssica Oliveira (Ensino Médio)  
Rafaela Morales (Direito)  
Vitor de Oliveira Reis (Administração)

**Tiragem:**  
1.500 Exemplares

**Produção Gráfica:**  
Gráfica e Editora Viena

**ALMA DE CRIANÇA ABANDONADA**

**Vívian Monsef De Castro**  
Defensora Pública do Estado de São Paulo

Jovem  
tu que acabas de sair da adolescência...  
No teu rosto, as marcas do desencanto.

Não tiveste infância  
pois viveste num contexto de criminalidade.

Sem opções, não podias enxergar  
e nem tinhas condições de trilhar  
um caminho diferente.

É sofrido assistir à tua reação, após receberes nova condenação.  
Desesperas-te  
Depois, és tomado pela resignação.  
Acreditas que esse seria o teu destino.

Justo o teu julgamento não poderia ter sido,  
ainda que dele estivesse incumbido  
o mais experiente magistrado.

Justo somente seria se, após receberes todas as oportunidades,  
decidisses, deliberadamente, enveredar-te pelo mundo do crime.

Apesar da agressividade que agora manifestas,  
tua alma de criança abandonada transparece  
e do teu olhar transborda  
o desejo oculto de, um dia,  
encontrares amparo e orientação.

Diante de tamanho sofrimento,  
só tenho a oferecer-te, hoje,  
a minha eterna compreensão.

# **SUMÁRIO**

---

**1. É cabível ação civil pública cautelar de interpelação (art. 867 CPC), em face do poder público, para fins de evitar a insuficiência orçamentária em eventual demanda futura, seja ela individual, seja ela coletiva, no tocante à obrigação de implementação de políticas públicas em realização dos direitos da criança e do adolescente.**

*Aluísio Lunes Monti Ruggeri Ré*.....13

**2. A súmula 691 do Supremo Tribunal Federal não pode ser aplicada quando se tratar de habeas corpus impetrado em favor de adolescente acusado da prática de ato infracional para não restringir o direito constitucional de acesso à justiça.**

*Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes*.....19

**3. Rompendo com a cultura de institucionalização de crianças e adolescentes. A importância da atuação multidisciplinar da Defensoria Pública no âmbito da infância e juventude cível.**

*Carolina Gomes Duarte*

*Gisele Ximenes Vieira Dos Santos Inácio e*

*Vívian Monsef De Castro*.....23

**4. O direito fundamental da criança à convivência com a mãe presa.**

*Débora De Vito Oriolo*.....31

**5. O direito de crianças e adolescentes aos serviços prestados pela Defensoria Pública.**

*Débora De Vito Oriolo*.....37

**6. A legislação civilista vigente reconhece a superação da terminologia menor em favor dos vocábulos criança e adolescente.**

*Diego Vale De Medeiros e*

*Rafaela Alvarez Morales*.....41

**7. Nas demandas propostas em face da Fazenda Pública, por força do artigo 461, §5º, do Código de Processo Civil, aplicável na proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos das crianças e adolescentes devido ao artigo 212, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível o bloqueio de verbas públicas, em caso de descumprimento de ordens judiciais, em especial na concretização dos direitos elencados no artigo 208, do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

*Fernando Catache Borian*.....51

**8. Da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes.**

*Giuliano D'andrea*.....57

**9. A impetração de habeas corpus coletivo para resguardar ou restabelecer o direito à livre locomoção de todas as crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que em caráter transitório, dentro dos limites de comarca na qual seja editado o chamado “toque de recolher”, ante a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade de tal ato.**

*Luís Gustavo Fontanetti Alves Da Silva*.....65

**10. A espécie normativa da excepcionalidade: parâmetros para a aplicação da medida socioeducativa de internação.**

*Ruy Freire Ribeiro Neto e*

*Douglas Dos Santos Vieira*.....85

**11. Relatório técnico interprofissional: meio de prova ou de informação?**

*Samir Nicolau Nassralla*.....99

**12. A excepcionalidade da família substituta.**

*Thiago Santos De Souza*.....103

# **AGRADECIMENTOS**

---

A presente publicação reafirma o compromisso dos Defensores Públicos que atuam na defesa da criança e do adolescente de São Paulo em suscitar e inovar a produção doutrinária nesta área considerada pela Constituição Federal como PRIORIDADE ABSOLUTA.

Em tempos atuais, após reformas significativas no Estatuto da Criança e Adolescente e mudanças nas normativas administrativas que buscam maior instrumentalizar as políticas públicas afetas à infância e juventude e respectivo sistema de defesa pública, reforça-se o estímulo em aprofundar estratégias proativas e criativas no exercício do serviço público de assistência jurídica gratuita e integral assumido pela Defensoria Pública.

Necessário agradecer a todos(as) os(as) estagiários, servidores(as) públicos(as) da instituição e Defensores(as) Públicos(as) em exercício direto ou indireto na área, na capital e no interior, com atuação exclusiva ou acumulativa, que diariamente constroem um novo paradigma de defesa técnica e política aos direitos das crianças e dos adolescentes, ampliando em diversas dimensões a atuação do defensor público como um verdadeiro agente político cada vez mais próximo da rede local de defesa de criança, adolescente e família.

Agradecemos ainda à Escola da Defensoria Pública de São Paulo – EDEPE que não restringe esforços aos pleitos do Núcleo Especializado da Infância e Juventude.

Vamos em frente com união, coragem, criatividade e gentileza!

***Núcleo Especializado da Infância e Juventude da  
Defensoria Pública do Estado de São Paulo***

**É CABÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA  
CAUTELAR DE INTERPELAÇÃO (ART.  
867 CPC), EM FACE DO PODER PÚBLICO,  
PARA FINS DE EVITAR A INSUFICIÊNCIA  
ORÇAMENTÁRIA EM EVENTUAL DEMANDA  
FUTURA, SEJA ELA INDIVIDUAL, SEJA ELA  
COLETIVA, NO TOCANTE À OBRIGAÇÃO DE  
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
EM REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA  
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

---

**Alúcio Iunes Monti Ruggeri Ré**  
Defensor Público do Estado de São Paulo

A tese em tela tem por objetivo evitar a insuficiência orçamentária para a necessária implementação de políticas públicas em benefício das crianças e dos adolescentes, cujas obrigações estatais foram reafirmadas pela Lei n.º 12010/09. De fato, tal norma promove alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e, dentre outras virtudes, ratifica a responsabilidade estatal, das três esferas de governo, em obrigação solidária, no tocante à promoção dos direitos da criança e adolescente. Ocorre que, muitas vezes, para se eximir dessa responsabilidade, o Poder Público demandado alega falta de previsão orçamentária ou o chamado “princípio da reserva do possível”.

Então, caso o Defensor Público apure que, no âmbito de suas atribuições, há grave omissão estatal em detrimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, com justificativa na insuficiência orçamentária, deve-se valer da ação civil pública cautelar de interpeção, cujo objetivo é advertir o Poder Público para que adéque seu projeto de lei orçamentária anual dos anos seguintes, no sentido de atender às necessidades da infância e da juventude daquela localidade, considerando suas peculiaridades e necessidades.

Uma vez interpelado tempestivamente, não pode o Município, o Estado ou a União justificar ou se eximir de sua responsabilidade em razão da insuficiência de recursos orçamentários, cujos efeitos dessa medida são aplicáveis em qualquer espécie de ação de obrigação de fazer em face dos interpelados, sejam individuais, sejam coletivas.

Indicação do item específico relacionado às atribuições Institucionais da Defensoria Pública é encontrada no artigo 4º, incisos I, V, VII, VIII, X e XI, da Lei Complementar n.º 80, de 1994:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I - prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

V - exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

VII - promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

VIII - exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

X - promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

XI - exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

## FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Em tese, a ação cautelar de interpelação tem por objetivo atentar o devedor ou o obrigado para determinado fato vinculado ao cumprimento de sua obrigação, com o fim de mitigar suas excludentes em eventual inadimplemento ou simplesmente constituí-lo em mora. De fato, “a interpelação tem a finalidade específica de servir ao credor para fazer conhecer ao devedor a exigência do cumprimento da obrigação, sob pena de ser constituído em mora” (MEDINA, 2009). “A interpelação objetiva a produção de efeito jurídico a partir de uma ação ou omissão do interpelado” (MARI-NONI, ano, página).

Segundo dispõe o Código de Processo Civil: “Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito” (Art. 867).

Por outro lado, a Lei n.º 12.010/09 altera o ECA para exigir previsão orçamentária no sentido de viabilizar a execução de políticas públicas em defesa da criança e do adolescente:

Os recursos destinados à implementação e manutenção dos programas relacionados neste artigo serão previstos nas dotações orçamentárias dos órgãos públicos encarregados das áreas de Educação, Saúde e Assistência Social, dentre outros, observando-se o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente preconizado pelo caput do art. 227 da Constituição Federal e pelo caput e parágrafo único do art. 4º desta Lei. (art. 90, § 2º, ECA)

Quanto às obrigações estatais, a nova lei reafirmou as responsabilidades, sendo princípio das medidas de proteção:

Responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais. (art. 100, § único, III, ECA)

Vale a pena, por oportuno, expor os dispositivos que exigem a proteção, pelo Poder Público, da criança e adolescente, em todos os seus aspectos. Aliás, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê em seu art. 19, que “toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte de sua família, da sociedade e do Estado”.

Ainda na seara internacional, dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança que:

Art. 4º. Os Estados partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados partes tomarão tal medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.

Art. 28. Os Estados partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito deverão especialmente:

Tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos.

A Constituição Federal de 1988 também contém importantes dispositivos. O art. 6º, por sua vez, dispõe sobre os direitos sociais: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Lei.”

Como se não bastasse, ainda determina:

Art. 227. 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Por outro lado, prescreve o art. 203 da Carta Magna:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes.

Como não bastasse, o art. 205 descreve que “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”.

Para regulamentar toda essa matéria de proteção absoluta e prioritária da criança, bem como de toda a família, a legislação infraconstitucional, em especial a Lei n.º 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que:

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.

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

Quanto à saúde, dispõe a Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (Art. 196). Em suma, a responsabilidade do Poder Público diante da criança e do adolescente é integral, de forma que é inadmissível a escusa fundada na insuficiência de recursos orçamentários. Por outro lado,

parece cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (KRELL, Andreas Joachim, In: ADPF 45/DF, voto do Min. Celso de Mello).

De outra vertente, é cabível qualquer tipo de pedido em ação civil pública, pois vige o princípio da não taxatividade de seu objeto (Cf. art. 83 CDC: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. E art. 212 ECA: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”). Quanto à legitimidade ativa da Defensoria Pública para a tutela coletiva, tal atribuição conta com amplo amparo legal (art. 5º, Lei n.º 7347/85, LC 80/94, LC Est/SP. 988/2006) e, ainda, tem recebido majoritário apoio jurisprudencial e doutrinário.

Diante do exposto, a ação civil pública cautelar de interpelação tem por objetivo subtrair do Poder Público a justificativa de sua omissão ou a excludente de sua responsabilidade em razão de eventual insuficiência orçamentária, pois, com a medida, ele foi tempestivamente notificado a fazer as necessárias adequações na proposta de orçamento anual para a implementação de futuras medidas em favor dessa juventude. Se não o fez, não pode se esconder por detrás dessa omissão, pois afinal “ninguém pode se beneficiar de sua torpeza”.

## FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Caso acolhida a presente tese, o Defensor Público, que diariamente atende a casos de negligência estatal no tocante ao atendimento à criança e ao adolescente, tem importante instrumento ao seu dispor no combate a essa odiosa e irresponsável omissão.

A título de exemplo, trago à baila a questão da droga na juventude. Segundo dados oficiais, cerca de 100 mil jovens no Brasil são dependentes de drogas. O consumo do crack subiu 125% nos últimos anos e a dependência está ocorrendo cada vez mais cedo na vida das pessoas. A família não tem o controle da situação e, muitas vezes, entrega o filho ao vício. Por outro lado, o Poder Público em geral assiste a tudo

isso inerte. Não trata do tema da forma e com o cuidado que deveria. Praticamente não existe qualquer amparo estatal no sentido da prevenção ao uso ou do tratamento de jovens dependentes. E a justificativa estatal dessa postura omissiva, em geral, passa pela questão da insuficiência orçamentária.

Dessa forma, a ação civil pública cautelar de interpelação, em fase pré-proposta orçamentária (projeto de lei), gera inevitavelmente o efeito de compelir o Poder Público notificado a atentar mais para os problemas e a importância da nossa juventude. Como efeito direto, impede alegações futuras de falta de recursos ou de limitações no orçamento.

## REFERÊNCIAS

KRELL, Andreas Joachim, In: ADPF 45/DF, voto do Min. Celso de Mello

MARINONI, Luiz Guilherme. Código de processo civil, RT

MEDINA, José Miguel Garcia e outros. Procedimentos cautelares e especiais. RT, 2009.

## **A SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO PODE SER APLICADA QUANDO SE TRATAR DE HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FAVOR DE ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL PARA NÃO RESTRINGIR O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.**

**Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes**  
Defensora Pública do Estado de São Paulo

A Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal supramencionada veda, como regra, o conhecimento de habeas corpus por Tribunais Superiores quando só existe um pronunciamento liminar sobre o caso. Diz-se regra, em função da raridade de casos em que referido enunciado é excepcionado e o pleito é conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal sem que haja decisão do Tribunal de Justiça acerca do mérito da impetração.

Referido enunciado procura vedar o acesso aos Tribunais Superiores sem que haja julgamento definitivo do pleito nos Tribunais de Justiça, evitando a supressão de instâncias.

Por limitar o acesso aos Tribunais Superiores para apreciação de ilegalidades acarretando a manutenção do cerceamento de liberdade em hipóteses não previstas em Lei, a constitucionalidade do enunciado é questionável. Ressalta-se que a súmula em discussão surgiu visando ser aplicada nos processos de direito penal propriamente dito, cuja tramitação processual e restrição de liberdade se dão por um tempo considerável.

Dentro do âmbito penal, a defesa aguarda as decisões de mérito e, mesmo tardiamente, consegue levar a pretensa ilegalidade à apreciação dos Tribunais Superiores que poderão conceder a liberdade ao paciente, alterando assim o entendimento dos Tribunais de Justiça.

Esta situação, por outro lado, não ocorre nos habeas corpus impetrados a favor dos adolescentes. Tal fato se deve principalmente em função da celeridade do procedimento. Como se observa no ECA, há determinação expressa de um prazo máximo para sua conclusão na hipótese de o adolescente encontrar-se internado

provisoriamente (45 dias)<sup>1</sup>. No mesmo sentido, existe menção exaustiva do termo desde logo nas normas relativas a Apuração de Ato Infracional<sup>2</sup>. Tal termo aparece inúmeras vezes (como exemplo, podemos citar os artigos 171, 172, 175, 184, etc.). Por fim, sabe-se que o prazo máximo para cumprimento da medida de internação e semiliberdade é de 3 (três) anos.

Somadas a essas regras processuais encontram-se os princípios atinentes às medidas restritivas de liberdade. Neste âmbito regem os relevantes princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme determinação Constitucional<sup>3</sup>. Tais mandamentos de otimização também estão elencados no Estatuto da Criança e Adolescente<sup>4</sup>, nas normas específicas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e na normativa internacional (como exemplo, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça e na própria Convenção).

Essas garantias de cunho principiológico não excluem outras garantias, previstas no plano constitucional. O acesso integral do adolescente à Justiça<sup>5</sup> é uma delas. Por acesso integral entende-se acessar a todos os órgãos jurisdicionais competentes. É ter a sua pretensa situação de ilegalidade apreciada por todos os Tribunais, na busca pela obtenção da liberdade em um tempo razoável. E essa almejada razoabilidade de prazo coaduna-se perfeitamente com os princípios supramencionados que regem a medidas coercitivas de liberdade.

Como elucidação deste raciocínio teórico, basta fixarmos como prazo médio o período de 01 (um) ano para cumprimento de uma medida socioeducativa restritiva de liberdade (prazo invariavelmente verificado na Grande São Paulo). Contrapondo-o com prazo mínimo do julgamento de mérito de um habeas corpus por um Tribunal de Justiça, algo em torno de ao menos 06 (seis) meses, facilmente verificaremos que há patente incompatibilidade entre os prazos delineados.

Aplicado o teor da Súmula, as Instâncias Superiores só poderiam ser acessadas depois de todo este trâmite, tornando por algumas vezes desnecessária ou demasiadamente tardia a manifestação dos Tribunais Superiores; ou porque o adolescente já teve o seu direito de liberdade restituído ou porque já cumpriu mais da metade da medida socioeducativa.

Tal situação viola o acesso integral à justiça, pois, ao mesmo tempo, tolhe do adolescente o direito de acessar aos Tribunais Superiores, restringe o alcance de uma garantia e ainda o coloca em extrema desvantagem em relação ao adulto.

<sup>1</sup> Estatuto da Criança e Adolescente, Artigo. 183. “O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias”.

<sup>2</sup> Seção V, Da Apuração de ato infracional atribuído a adolescente, Artigo 171 a Artigo 190.

<sup>3</sup> Artigo 227§ 3º: inciso IV “obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade”

<sup>4</sup> Artigo 121. “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

<sup>5</sup> XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Ressalte-se ainda que a privação de liberdade em contrariedade com as normas do Estatuto da Criança e Adolescente nesta fase da vida fere frontalmente a “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”<sup>6</sup>, que é a condição ostentada pelo adolescente em razão de estar vivendo uma fase extremamente curta, com formação de sua personalidade e com consequências cruciais a sua vida adulta, devendo receber todas as garantias e mais um adicional.

São por todas as razões mencionadas que a aplicação do conteúdo previsto na Súmula quando da apreciação de habeas corpus em favor de adolescente acusado pela prática de ato infracional viola demasiadamente o acesso à justiça, permitindo aos Tribunais de Justiça a perpetuação de inúmeras ilegalidades.

<sup>6</sup> Art. 6º do Estatuto da Criança e Adolescente “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

# **ROMPENDO COM A CULTURA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO MULTIDISCIPLINAR DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE CÍVEL**

---

**Carolina Gomes Duarte**

Agente de Psicologia da Defensoria do Estado de São Paulo

**Gisele Ximenes Vieira Dos Santos Inácio**

Defensora Pública do Estado de São Paulo

**Vívian Monsef De Castro**

Defensora Pública do Estado de São Paulo

## **INTRODUÇÃO**

Determina a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Mais adiante, no seu artigo 134, dispõe que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Já a Lei complementar 80/94, que estabelece normas gerais para a organização das Defensorias Públicas dos estados, estabelece, em seu artigo 4º, que são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I - prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

(...)

IV- prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

(...)

X- promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais

e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela;

XI - exercer a defesa dos direitos individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do estado.

Por sua vez, a Lei complementar estadual 988/2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, determina que esta, no desempenho de suas funções, terá como fundamentos de atuação a prevenção dos conflitos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalidade, e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Além disso, o referido diploma legal estabelece, no seu artigo 5º, que são atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

I - prestar aos necessitados orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

II - informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais;

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

(...)

V - prestar atendimento interdisciplinar.

(...)

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Da análise dos artigos acima transcritos, depreende-se que é atribuição da Defensoria Pública representar em juízo aqueles que comprovem insuficiência de recursos, lembrando aqui que, na esfera cível da Vara da Infância e Juventude, muitos são os assistidos da instituição, já que grande parte dos familiares que têm suas crianças e adolescentes submetidos à medida protetiva de acolhimento institucional enquadram-se no conceito de necessitado.

Também é atribuição da Defensoria Pública oferecer às mencionadas pessoas atendimento interdisciplinar, o qual se mostra imprescindível na área cível da infância e juventude, notadamente nas ações que envolvem o afastamento de criança e/ou adolescente do lar e destituição do poder familiar.

Isso ocorre porque as referidas ações têm por causa de pedir a existência de um desequilíbrio no seio de um núcleo familiar, desequilíbrio este que normalmente é constatado por meio de denúncias feitas ao Conselho Tutelar, que consiste em um órgão permanente e autônomo que, nos termos do artigo 131 do ECA, tem por função zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

No momento em que tal desestrutura é verificada, dependendo da sua intensidade e das consequências que gera para a criança e para o adolescente, estes

poderão ser encaminhados a programas de acolhimento familiar e institucional, ressaltando-se, nesse passo, que, consoante determinam os artigos 93 e 101, parágrafo 2º do ECA, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária, salvo em situações de caráter excepcional e de urgência, quando, então, as entidades de acolhimento poderão acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, devendo, no entanto, fazer a comunicação do fato ao Juiz da Infância no prazo de até 24 horas, sob pena de responsabilidade.

Além disso, no momento em que a criança ou o adolescente são acolhidos, se não houver possibilidade de imediata reintegração em seus lares, será deflagrado, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, procedimento judicial contencioso, que pode ser ação cautelar de afastamento do lar, ação de destituição do poder familiar ou modificação de guarda.

Por ocasião do acolhimento, os familiares dos acolhidos ficam sem norte e, por isso, devem ser orientados, seja pelo Conselho Tutelar, seja pelas entidades de atendimento, a procurar rapidamente pela Defensoria Pública, órgão que está incumbido de fazer a sua defesa em juízo, segundo acima explicado.

Frise-se que, com a propositura da ação, restará pouco tempo para que o Defensor Público reúna elementos para fazer tal defesa, por isso é importante destacar a necessidade de que as entidades e o Conselho Tutelar façam rapidamente o encaminhamento de tais pessoas para a Defensoria Pública.

Uma vez em contato com o Defensor Público, este, na maioria das vezes, encaminhará os parentes da criança ou adolescente ao CAM, Centro de Atendimento Multidisciplinar, para que, por meio de seus capacitados psicólogos e assistentes sociais, seja realizado um trabalho que propicie a reestruturação do lar onde foi detectado um déficit socioeducativo.

Cumprido, nesse passo, que é justamente por meio da atuação do CAM que o Defensor Público poderá concretizar a garantia da ampla defesa, estabelecida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, já que somente com a mencionada atuação o Defensor conseguirá demonstrar, de maneira concreta, ao magistrado, os esforços que a família estiver fazendo no sentido de se reequilibrar e a possibilidade que, a partir de então, terá de receber novamente suas crianças e adolescentes.

## 1. LEI 12.010/09 E AS IMPLICAÇÕES PARA O ROMPIMENTO DA CULTURA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO

Nesse contexto, é importante dizer que a Lei n.º 12.010/09, que alterou significativamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe como um de seus principais escopos a preservação dos vínculos familiares, notadamente na família natural, devendo, assim, ser propiciada a manutenção ou a reintegração da criança

em desenvolvimento no seio desta, que, frise-se, merece proteção diferenciada por parte do Estatuto, na medida em que é reconhecida como o lugar mais propício para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

O ECA, no artigo 25, caput, dispõe que família natural é aquela composta pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, e, no parágrafo único de tal artigo, preceitua que família extensa é aquela formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculo de afinidade e de afetividade. Já o artigo 100, parágrafo único, inciso X, determina que um dos princípios que regem as medidas de proteção, as quais são aplicadas sempre que a criança e o adolescente estiverem em situação de risco, é justamente a prevalência da família. Assim, devem ter primazia, na proteção dos direitos da criança e do adolescente, as medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa. Dessa maneira, verifica-se que o foco da aplicação das medidas protetivas deve ser a manutenção ou reintegração da criança ou adolescente em seu lar de origem.

Para que isso seja possível, a lei prevê uma série de ações que visam a proporcionar assistência não só à criança, mas também aos integrantes do grupo familiar.

Não é por outra razão que o § 1º, do art. 1º, da Lei n.º 12.010/09, estabelece que a intervenção estatal será prioritariamente voltada à orientação, ao apoio e à promoção social da família natural.

Também constitui princípio que norteia a aplicação das medidas protetivas a intervenção mínima, que determina que a ação deve ser breve e, além disso, proporcional à situação de perigo, não se justificando, portanto, a adoção de ações desnecessárias.

Dessa forma, com fundamento em tal princípio, é forçoso reconhecer que a retirada da criança do lar é medida excepcional que somente terá lugar quando, de fato, existir um déficit que não possa ser suprido pelo trabalho da entidade de atendimento, Conselho Tutelar e outros atores.

Além disso, conforme acima explicado, a retirada será, preferencialmente, provisória, visto que, uma vez suprido o déficit que a gerou, por meio da inserção dos integrantes do grupo familiar em programas de apoio, deverá ser propiciado o retorno da criança e do adolescente a seu lar de origem.

Assim, deverão ser empreendidos todos os esforços no sentido de trazer de volta o equilíbrio necessário ao seio familiar.

Nesse quadro, é de suma importância a atuação do Defensor Público, o qual fará a defesa na ação que vise a retirar a criança ou adolescente, em caráter definitivo, de seu lar, o que contrariaria o principal objetivo do ECA.

Contudo, o Defensor Público somente terá elementos para fazer tal defesa caso haja a atuação do CAM, que, por meio de seus psicólogos e assistentes sociais, envidará esforços no sentido de orientar os membros da família, a fim de que possam ter condições para sanar o problema que gerou o afastamento da criança e do adolescente.

## 2. A INTERVENÇÃO DO CENTRO DE ATENDIMENTO MULTIDISCIPLINAR NO PROCESSO DE ACOLHIMENTO

Na atualidade, observa-se um notável movimento de mudança nos serviços de acolhimento institucional que atendem a crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade e/ou risco social e pessoal, o que vem gerando grande impacto em toda a rede que compõe o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, no qual a Defensoria Pública encontra-se inserida.

O referido processo de modificação tem despontado por meio de novas normas que exigem que cada serviço repense sua abordagem operacional, de modo que dissemine, por todo país, um novo olhar para a questão do acolhimento.

Tais normas reforçam que o serviço de acolhimento não pode ter a pretensão de ocupar o lugar da família, devendo, ao contrário, contribuir para o fortalecimento dos vínculos familiares, promovendo o processo de reintegração das crianças e adolescentes em seus lares de origem. Somente em último caso, não sendo possível a mencionada reintegração, deverá haver o encaminhamento para família substituta.

A Defensoria Pública está em estreita harmonia com as transformações ora tratadas, porquanto, conforme acima explicado, tem por atribuição oferecer atendimento interdisciplinar, o qual é concretizado por meio do CAM, que é composto por agentes de Defensoria e coordenado por Defensores Públicos, tendo por princípio a atuação em rede, bem como a realização de um constante diálogo no sentido de promover a modificação dos paradigmas culturais.

Com efeito, os agentes do CAM contribuem na busca de alternativas para a complexa questão que envolve o acolhimento de crianças e adolescentes, na medida em que lançam sobre o problema um olhar que extrapola o âmbito jurídico, o que se revela imprescindível, diante dos fatores sociais, históricos e culturais que estão envolvidos.

Uma pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2004) demonstrou que o acolhimento da maioria das crianças e adolescentes ocorre por motivos relacionados à pobreza e, conseqüentemente, por ausência ou ineficiência de políticas públicas. Dados esses que denotam a persistência do modelo assistencialista que historicamente marcou o atendimento a essa população, corroborando com a manutenção da situação de pobreza, marginalidade e dependência do Estado.

Assim, para que se trabalhe no sentido de se promover a preservação dos vínculos familiares, é preciso compreender a realidade que essas famílias vivenciam, evitando-se julgamentos precoces, simplistas e preconceituosos.

Como se sabe, a situação de pobreza, na qual, frise-se, encontra-se inserida boa parte das famílias atendidas pela Defensoria Pública, deve ser compreendida como um fenômeno multidimensional, que, portanto, gera outras conjunturas de ruptura de vínculo social, carência e precariedade. Com efeito, a pobreza não significa necessariamente exclusão, ainda que possa a ela conduzir (WANDERLEY, 2010, p. 23).

Historicamente, atribui-se às famílias pobres uma suposta incapacidade para educar e proteger suas crianças e adolescentes. Porém, é de se observar que elas foram alvo de rupturas em relação a educação, trabalho, moradia, laços sociais, dentre outros, evidenciando, assim, que sempre estiveram inseridas em um contexto de absoluta ausência de políticas públicas. Assim, como poderiam ser capazes de oferecer tal proteção?

Dessa maneira, o profissional que atua no CAM, ao buscar conhecer os motivos que ensejaram as situações de acolhimento, não se pode olvidar que há um complexo processo a ser analisado, uma vez que essas famílias estão inseridas em uma lógica econômica e social anterior à situação de ruptura, a qual foi resultado de uma série de vulnerabilidades.

Além disso, cabe observar que a decisão sobre a separação é de grande responsabilidade e, portanto, é imprescindível que seja resultado de uma recomendação técnica, a qual deverá ser feita a partir de um estudo diagnóstico fundamentado e realizado por equipe multiprofissional local, trabalhando em sintonia com o Conselho Tutelar.

Tal estudo precisa analisar cuidadosamente a conexão criança-família-comunidade para detectar o grau de risco para os envolvidos, o que permitirá avaliar com profundidade se a criança ou o adolescente deve ou não ser retirado do seu convívio.

## CONCLUSÃO

Diante da complexidade do tema ora tratado, que inclui aspectos sociais, históricos, culturais e econômicos, verifica-se que a atuação conjunta e harmônica da Defensoria Pública e do CAM mostra-se imprescindível, já que, embora os acolhimentos institucionais sejam determinados em processos judiciais, refletem, na prática, problemas mais relacionados às áreas de serviço social e da psicologia, pelo que os profissionais do direito, em muitos casos, não encontrarão solução jurídica que não seja o afastamento das crianças e adolescentes de seus lares, caso trabalhem isoladamente e apenas sob a ótica do direito.

Cumpra observar, nesse contexto, que é chegada a hora de romper com a cultura de institucionalização de crianças e adolescentes, cultura esta que poderá ser extirpada de nosso sistema por meio da referida atuação.

Além disso, é imperioso reconhecer que não há famílias perfeitas. De fato, o que existe é a família real, que se encontra em constante processo de transformação, podendo, portanto, ser tanto fonte de afeto quanto de conflitos.

Esses conflitos, no entanto, não podem ser encarados como fatores que geram, necessariamente, a aplicação da medida protetiva de acolhimento, devendo, ao contrário, ser alvo de um trabalho profundo e detalhado por parte de todos os profissionais envolvidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa da Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2006.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. CONANDA/CNAS. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome 2009.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução CFP N.º 007/2003. Manual de Elaboração de Documentos Decorrentes de Avaliações Psicológicas. Brasília, 2003. Disponível em <[http://www.crpsp.org.br/portal/orientacao/resolucoes\\_cfp/fr\\_cfp\\_007-03.aspx](http://www.crpsp.org.br/portal/orientacao/resolucoes_cfp/fr_cfp_007-03.aspx)>. Acesso em 18/08/2011.

\_\_\_\_\_. Resolução CFP N.º 08/2010. Dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no Poder Judiciário. Disponível em <[http://www.crpsp.org.br/portal/orientacao/resolucoes\\_cfp/fr\\_cfp\\_008-10.aspx](http://www.crpsp.org.br/portal/orientacao/resolucoes_cfp/fr_cfp_008-10.aspx)>. Acesso em: 18 ago. 2011.

FÁVERO, Eunice Teresinha; VITALE, Maria Amália Faller; BAPTISTA, Myrian Veras (orgs.). Famílias de crianças e adolescentes abrigado: quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam. São Paulo: Paulus, 2008.

IPEA/CONANDA. Silva, Enid Rocha Andrade da (coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/criancas.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. A institucionalização de crianças no Brasil. Percorso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; Edições Loyola, UNICEF, CIESPI, 2004.

ROSSATO, Luciano Alves. Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

WANDERLEY, Mariangela Belfiori. Refletindo Sobre a Noção de Exclusão. In: SAWAIA, Bader (org.). As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 10 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 17-27.

## **O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À CONVIVÊNCIA COM A MÃE PRESA**

---

**Débora De Vito Oriolo**

Defensora Pública do Estado de São Paulo

Cuida-se de texto visando ao delineamento do fluxo do trabalho atribuído pelo ordenamento jurídico aos profissionais atuantes na área da infância e juventude com o escopo de efetivar o direito à convivência familiar nos casos de crianças, mormente as recém nascidas, com mães presas.

A Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) insiste no direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária como tradução do importante princípio do melhor interesse da pessoa em desenvolvimento.

Ante a paulatina substituição da prática menorista pela divisão produtora do trabalho na área da infância e juventude, com âncora na doutrina da proteção integral, muitos são os atores que devem convergir esforços para assegurar o exercício dos direitos fundamentais por crianças e adolescentes, inclusive do direito à convivência familiar.

O Poder Judiciário deve se afastar das ações mais administrativas e sociais do que jurídicas, restando a cargo dos Conselhos Tutelares, de serviços públicos socioassistenciais (CRAS e CREAS, por exemplo), bem como de outras entidades de defesa de direitos a luta constante pela efetivação das normas jurídicas protetivas de crianças e adolescentes.

Crianças e adolescentes não são meros objetos de filantropia e, uma vez violados seus direitos, enquanto pessoas em desenvolvimento, merecem a atenção prioritária dos gestores do dito sistema de garantias.

Seguindo a ordem cronológica dos acontecimentos, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina ao poder público o oferecimento de condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive nos casos de mães presas<sup>7</sup>. Assim, mulheres encarceradas no Estado de São Paulo, mães de crianças com idade entre zero e quatro meses, dispõem do Centro de Atendimento Hospitalar à Mulher Presa da Secretaria da Administração Penitenciária para a amamentação.

Desde o ano de 2005, com uma mudança implementada em sua estrutura, o hospital deixou de atender presas doentes – do chamado trânsito saúde – para receber apenas mulheres que, por um período de 4 meses, permanecem com os bebês recém-nascidos para amamentá-los. Após esse tempo, de acordo com a Lei, essas mulheres voltam para suas unidades prisionais de origem e seus filhos ficam com os responsáveis da família ou, no caso de não existir disponibilidade com os familiares, são encaminhados para abrigos.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Art. 9º. O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

<sup>8</sup> <http://www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0200-0299/not230.html>

No que respeita ao tema do aleitamento materno, sem prejuízo de outras temáticas afetas ao convívio necessário entre mães encarceradas e seus filhos, foi confeccionada pelo Núcleo Especializado da Infância e Juventude (NEIJ) da Defensoria Pública de São Paulo a cartilha “Mães do Cárcere – observações técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos”, da qual é válido reproduzir o seguinte excerto:

O aleitamento materno é essencial para a nutrição da criança, além de o contato com a mãe ser de grande importância para o seu desenvolvimento psicossocial e afetivo. O ato de amamentar trata-se de um momento ímpar para estabelecimento dos laços entre a mãe e seu filho. Tal direito deve ser valorizado e garantido, no mínimo, até os seis meses de idade do bebê. Esse prazo deve ser respeitado também nos casos em que a mãe é presa e já está em processo de aleitamento, devendo a unidade prisional oferecer espaços adequados para a permanência de crianças pequenas. As mencionadas “Regras de Bangkok” também garantem de forma expressa o aleitamento materno, estabelecendo que não se impedirá a mulher de amamentar seu filho, a menos que haja razões concretas de saúde para isso. As Regras também dispõem que as mulheres em fase de amamentação devem receber um atendimento médico especial de saúde e também de alimentação. Especificamente em relação à alimentação adequada – fundamental para o desenvolvimento da mãe e da criança – destaca-se a necessidade de maior e melhor quantidade de comida e também destas serem variadas em razão das vitaminas necessárias neste período. No caso das presas estrangeiras, deve-se ter atenção com o fato de que muitas não comem determinados alimentos durante a gestação: grávidas muçulmanas simplesmente não se alimentavam na prisão quando lhes era oferecido carne de porco. É interessante para o sucesso da amamentação que a mãe receba, na sua linguagem, informações sobre a importância da amamentação e os cuidados que deve tomar. Portanto, na perspectiva não apenas do superior interesse da criança, mas também como direito da mulher de cuidar de seu filho, a convivência em tempo integral entre ambos deve ser preservada e defendida nos primeiros meses de vida da criança. Salvo recomendações médicas contrárias, a amamentação deve ser garantida neste período.<sup>9</sup>

Vencido o período de amamentação e subsistindo a prisão da mãe, cumpre analisar os caminhos traçados pelo ordenamento jurídico para assegurar a convivência familiar de mulheres e crianças, destacando desde já a luta que merece ser travada em várias frentes, inclusive a política, pela garantia do convívio rotineiro da mãe com o filho recém-nascido como maneira de se efetivarem os corolários do já mencionado princípio do melhor interesse da pessoa em desenvolvimento.

São objetivos da atuação da Defensoria Pública na seara da infância e juventude:

Proteger o direito materno de amamentar e o direito da criança à amamentação em situações de privação de liberdade da mãe; possibilitar o convívio da mãe encarcerada com o filho acolhido em serviço de acolhimento para cri-

<sup>9</sup> [http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/33/documentos/Cartilha%20M%C3%A3es%20no%20C%C3%A1rcere%20\\_%20Leitura.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/33/documentos/Cartilha%20M%C3%A3es%20no%20C%C3%A1rcere%20_%20Leitura.pdf)

anças e adolescentes, visando a preservar ou a restabelecer o vínculo familiar; concretizar o direito à ampla defesa e ao contraditório das mães que são réis em processos judiciais e suscitar o desenvolvimento de políticas públicas que assegurem o cumprimento das leis no tocante à adequação de condições das penitenciárias femininas para a acomodação e recepção de crianças.<sup>10</sup>

Considerando os supramencionados escopos, ainda no curso do período de amamentação, os profissionais do sistema socioassistencial de garantias com atribuições para tanto devem trabalhar em busca da pronta identificação de parentes biológicos da criança que se disponibilizem a assumir os cuidados com esta.

Ante as alterações empreendidas no Estatuto da Criança e do Adolescente pela famosa Lei n.º 12.010/09, não há mais lugar no mundo jurídico para procedimentos administrativo-judiciais de acompanhamento da situação de crianças e adolescentes supostamente em risco.

O assistencialismo próprio da doutrina da situação irregular, afeta ao Código de Menores, há muito foi substituído pelo direito subjetivo a políticas e serviços públicos capazes de proteger integralmente crianças e adolescentes.

Neste sentido, ensina o insigne Desembargador Antonio Carlos Malheiros, Coordenador da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Toda a legislação brasileira precedente (tanto de 1927 como de 1979) considerava crianças e adolescentes apenas pelo viés do desvio. Menores eram as crianças e adolescentes tidas como abandonados ou delinqüentes e como tal em situação irregular, numa avaliação quase sempre decorrente de pobreza ou de vagos padrões de conduta dissonantes da camada dirigente. As conseqüências tutelares eram drásticas, voltadas praticamente sempre ao afastamento da família e de institucionalização de crianças. A mudança mais fundamental é passagem de uma concepção tutelar para outra, fundada na garantia universal de direitos, tanto individuais como sociais, econômicos e culturais, tornando crianças e adolescentes sujeitos de direitos, em tudo equiparados a adultos, além de terem outros direitos específicos, dos quais o de participação, com direito a voz e a escuta, é dos mais significativos.

Em termos institucionais, deixamos as grandes FEBEM's e suas instituições e conquistamos políticas e direitos sociais mais estruturados, passíveis de demanda judicial. Concomitantemente, abandonamos também a antiga figura toda poderosa do juiz de menores, que mandava e desmandava sem procedimentos claros, como se encarnasse o “interesse superior dos ‘menores’”, e fundamos uma justiça da infância e da juventude democrática, respeitadora de direitos humanos e das garantias legais e processuais, tanto das famílias como das crianças e adolescentes.<sup>11</sup>

Assim, vai de encontro ao diploma legal ofício endereçado ao Poder Judiciário noticiando a situação da criança quando do término do período de amamentação

<sup>10</sup> <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5324>

<sup>11</sup> <http://www.tj.sp.gov.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/NoticiasTextos/GarantiaDireitoConvivenciaFamiliar.pdf>

e pedindo providências, visto que o Juízo da Infância e Juventude não reúne mais poderes para agir sem provocação de quem tenha legítimo interesse, determinando, por exemplo, o acolhimento institucional da criança.

Os famigerados ofícios capazes de inaugurar procedimentos verificatórios de situação de risco não têm mais respaldo legal, mormente após a vigência da Lei 12.010/09.

Todo o trabalho para a inserção da criança que completar cinco meses de vida em sua família natural ou extensa, mediante o instituto da guarda, por exemplo, resta a cargo dos profissionais da área da infância e juventude, por exemplo, do serviço de assistência social do Centro de Atendimento Hospitalar à Mulher Presa da Secretaria da Administração Penitenciária, sem acompanhamento do Poder Judiciário.

Acredita-se que, salvo no caso do genitor, o qual detém a guarda natural da prole, identificado membro da família extensa ou ampliada disposto a cuidar da criança, o mesmo deve ser orientado a pedir sua guarda judicialmente, inclusive valendo-se dos serviços prestados pela Defensoria Pública, se for o caso, a fim de que a criança possa ser entregue pela mãe, findo o prazo de amamentação, diretamente ao pretense guardião, evitando-se de todas as formas o acolhimento institucional.

A par da situação ideal acima alinhavada, acredita-se que não há óbice legal à entrega da criança que completar cinco meses de vida a membro da família ampliada sem guarda judicial definida, devendo o pretense guardião regularizar a situação de fato com certa brevidade para evitar a carência de representação por parte da pessoa incapaz.

A outro giro, caso não exista nenhum parente natural apto a assumir os cuidados com a criança, a notícia da situação e da necessidade de medida judicial de proteção deve ser dada ao Ministério Público, a fim de que este proponha ação judicial visando ao acolhimento institucional ou familiar da criança.

Entende-se que o papel do Ministério Público com a entrada em vigor da Lei n.º 12.010/09 deixou de ser apenas de fiscal da lei para ser de parte processual, autor de ação judicial tradutora do que entende como o melhor para a criança ou adolescente, restando ultrapassadas manifestações por meio de pareceres, muitas vezes reprodutores do entendimento de técnicos judiciários nas áreas de psicologia e assistência social.

O acolhimento institucional da criança pode ser deferido em sede de antecipação liminar da tutela jurisdicional, mas depende da expedição de guia de acolhimento e impõe a pronta confecção de Plano Individual de Atendimento pela entidade de acolhimento, dando-se preferência à família natural.

Acolhimento institucional de criança ou adolescente de ofício e execução da medida de proteção sem observância do princípio do devido processo legal foram extirpados do ordenamento jurídico, enquanto a ordem dada pela lei é para que todos os profissionais envolvidos trabalhem visando à reintegração familiar.

Na mesma esteira, determinação judicial para que recém nascido seja colocado em família substituta sem trabalho prévio no sentido da manutenção ou reintegração da criança à sua família natural ou extensa é ilegal, bem como impedir a visita de um membro da família natural ou ampliada à criança ou adolescente na entidade de acolhimento sem prévia ordem judicial fundamentada neste sentido também vai de encontro ao ordenamento jurídico.

Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, e por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

É de conhecimento geral que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta; que a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família tem preferência em relação a qualquer outra providência; e que a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

Em suma, o encarceramento da mãe jamais pode ser entendido como abandono voluntário da prole, capaz de justificar o alijamento da família natural, devendo ser compatibilizado o direito da genitora ao poder familiar com o direito da criança à convivência familiar, sem olvidar do caráter provisório da medida de acolhimento institucional.

Por fim, deve-se ter sempre em mente o direito da criança e do adolescente à convivência familiar como tradução do princípio do melhor interesse da pessoa em desenvolvimento, bem como o direito de todo aquele que é parte em processo judicial, inclusive crianças e adolescentes, de participar ativamente do feito.

# **O DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA**

**Débora De Vito Oriolo**

Defensora Pública do Estado de São Paulo

Trata-se de texto sobre a atuação prioritária da Defensoria Pública na área da infância e juventude, inclusive como curadora especial de crianças e adolescentes, independentemente da existência de conflito de interesses entre as partes processuais, como meio eficaz de representação dos anseios das pessoas em desenvolvimento, entendidas como sujeitos de direitos e não objeto da lide.

A Deliberação n.º 144, de 26.11.2009, do Conselho Superior da Defensoria Pública, dispõe sobre a atuação prioritária da Defensoria Pública na área da infância e juventude. Vejamos:

Art. 1º. Terão prioridade de atuação jurídico-processual, no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, os procedimentos judiciais de competência da Justiça da Infância e Juventude e extrajudiciais a eles relacionados.

Art. 2º. Em cada comarca onde estiver instalada Unidade da Defensoria Pública do Estado deverá prioritariamente ser promovido o atendimento integral à área da Infância e Juventude, em conformidade com as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado.

Referida Deliberação vai ao encontro da norma jurídica do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê como dever do poder público assegurar prioritariamente a efetivação dos direitos das pessoas em desenvolvimento. Cumpre transcrever:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A outro giro, a atuação da Defensoria Pública como curadora especial se dá em duas frentes: como patrona dos interesses de crianças e adolescentes, entendidos como sujeitos de direitos, e como representante do réu preso, bem como do réu revel citado por edital ou com hora certa.

A Lei Complementar Estadual n.º 988/06, que organiza a Defensoria Pública de São Paulo, dispõe:

Artigo 5º. São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: (...)  
VI - promover: (...)  
c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório; (...)  
VIII - atuar como Curador Especial nos casos previstos em lei.

A atuação da Defensoria Pública como representante de crianças e adolescentes decorre da necessidade de todo aquele que é parte em processo judicial de poder influenciar nas decisões que de uma forma ou de outra repercutirão na vida dos envolvidos.

É certo que crianças e adolescentes são pessoas incapazes de constituir advogado, por intermédio de contrato de mandato, mas a atuação do curador especial guarda relação com a qualidade daqueles de sujeitos de direitos e com a lei impositiva no sentido da nomeação de representante para crianças e adolescentes.

Crianças e adolescentes, sujeitos de direitos e não objeto de demanda judicial, entendidas como partes processuais, merecem o poder de participar efetivamente do feito, tendo suas pretensões próprias traduzidas por profissional habilitado.

Neste sentido, o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU ensina:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.  
Art. 142. (...) Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.  
Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: (...) Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: (...) f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; (...).

Na mesma esteira, a Lei Complementar n.º 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, reza:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...)  
XI - exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (...)  
XVI - exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; (...).

Entende-se, todavia, a despeito do parágrafo único do artigo 142 do ECA e do inciso I do artigo 9º do estatuto processual civil, que a atuação da Defensoria Pública como curadora especial de crianças e adolescentes não depende da existência de colidência de interesses entre as partes processuais, sendo meio eficaz de trazer à baila seus anseios enquanto sujeitos de direitos.

Nesta esteira, a diretriz 4 contida no Parecer 02/2010 da Coordenadoria da Infância e da Juventude do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

É fundamental compreender que o Ministério Público age em nome do que entende ser o interesse superior da criança ou adolescente, devendo interpretá-lo nos termos em que compreendemos esse princípio. Todavia, a criança ou adolescente podem ter uma interpretação diversa do que seja seu interesse, tendo este direito de manifestar sua opinião e velar para que ela seja devidamente considerada, nos termos do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Portanto, o advogado/defensor da criança/adolescente deverá ouvi-la e procurar defender seus direitos a partir da expressão que a criança e o adolescente querem ver expressa, representando, assim, a voz da criança ou adolescente.

Em suma, o Ministério Público não traduz o desejo e as pretensões de crianças e adolescentes, atuando de acordo com o que particularmente acredita resguardar o interesse superior da pessoa em desenvolvimento, enquanto a Defensoria Pública, na condição de curadora especial, espelha cada um dos interesses das crianças e adolescentes.

Acredita-se que crianças e adolescentes, sujeitos de direitos, têm direito a um Defensor, pois seus interesses nem sempre coincidem com os de seus familiares ou outros, devendo a nomeação de curador especial para crianças e adolescentes se dar independentemente de conflito de vontades.

A criança ou adolescente é parte no processo judicial de execução da medida de acolhimento, por exemplo, restando indispensável sua representação por curador especial, sob pena de se correr o risco de ser confundido o querer da criança ou adolescente com os interesses de outras partes processuais, patrocinados por seus respectivos advogados/defensores, ou do Ministério Público.

Indo mais longe, cada parte processual tem o direito a um representante próprio, ainda que em regra os interesses sejam coincidentes.

Assim, entende-se que a atuação da Defensoria Pública enquanto curadora especial de crianças e adolescentes não deve depender de conflito real de interesses, considerando as demais partes processuais, mas traduzir meio eficaz de representação dos interesses e anseios dos sujeitos de direitos que são os maiores interessados no deslinde da causa.

A outro giro, a Defensoria Pública atua como patrona dos interesses do réu preso, bem como do réu revel citado por edital ou com hora certa.

Reza o Código de Processo Civil:

Art. 9º. O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Na área da infância e da juventude, entretanto, a dispensa do ônus da impugnação especificada dos fatos, nos moldes da norma jurídica do parágrafo único do artigo 302 do Código de Processo Civil, merece ser tratada com parcimônia, mormente ante as inúmeras invalidades processuais detectadas na prática.

Como compatibilizar o quadro reduzido de Defensores Públicos com a atuação da Defensoria como representante de mais de uma parte processual, incluindo crianças e adolescentes, sem prejuízo do encargo de curador especial do réu preso, bem como do réu revel citado fictamente, é o grande desafio.

Nesta oportunidade, opina-se pela atuação prioritária como Defensor da criança e do adolescente nos termos da norma jurídica do artigo 4º da Lei 8.069/90.

## **A LEGISLAÇÃO CIVILISTA VIGENTE RECONHECE A SUPERAÇÃO DA TERMINOLOGIA MENOR EM FAVOR DOS VOCÁBULOS CRIANÇA E ADOLESCENTE**

---

**Diego Vale De Medeiros**

Defensor Público do Estado de São Paulo

**Rafaela Alvarez Morales**

Estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

### **INTRODUÇÃO**

Analisando a evolução normativa de proteção dos direitos das crianças e adolescentes, pode-se elencar a Convenção dos Direitos da Criança, Constituição Federal e Estatuto da Criança e Adolescente como marcos importantes no reconhecimento da criança e adolescentes como sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento e carecedores de esforços governamentais e não governamentais para efetivação dos seus direitos com absoluta prioridade e proteção integral.

Não obstante a doutrina especializada já defendesse a superação de antigos resquícios do código de menores, em virtude da modernização legislativa, ainda se constata muita resistência e distância do direito de família em receber e recepcionar com harmonia as diretrizes protetivas da legislação infanto-juvenil, em especial quando se trata da história social da infância sobre o enfoque do menorismo, situação irregular, direito à participação e conceitos trazidos pelo Sistema de Garantia dos Direitos das Crianças e Adolescentes.

O uso do termo “menor” ainda é reproduzido cotidianamente na doutrina civilista e ratificado nas manifestações processuais do sistema de justiça.

A vigência da Lei n.º 12.398/11 traz indiretamente a superação do termo “menor” na normativa civilista, oportunidade não prestigiada na Reforma do Código Civil e em leis reformadoras do Estatuto da Criança e Adolescente, que pudessem trazer expressamente a revogação da terminologia.

## FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA

### 1. CONTEXTO HISTÓRICO: A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO BRASIL.

No território brasileiro, do final do século XIX até o início do século XX, não se tem registro sobre o desenvolvimento de políticas sociais e normas jurídicas direcionadas especialmente às crianças e adolescentes.<sup>12</sup>

Somente mais tarde, entre o período de 1927 a 1990, o Brasil reconheceu três instrumentos diretamente relacionados a crianças e adolescentes: o Código de Menores de 1927, o Código de Menores de 1979 e o ainda vigente Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, sendo certo que a vigência de um implicou a revogação do outro.

A respeito deste enfoque, torna-se pertinente o comentário de Edson Sêda:

Na primeira via se percebe a criança como incapaz e o Estado se identifica com governos autocráticos. Na segunda, a criança se transforma num adulto em miniatura e o Estado num vassalo do mercado insensível. Na terceira via a criança é respeitada como pessoa em suas capacidades e o Estado é a sociedade que se organiza com normas que vem de dentro de cada um de nós.<sup>13</sup>

### 2.1. OS PRIMÓRDIOS DO TRATAMENTO JURÍDICO DESTINADO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No que tange ao tratamento jurídico dispensado às crianças e adolescentes, pode-se afirmar que até o início do século XX pouco foi provido por parte do Estado a estas pessoas em desenvolvimento.

Até essa época, a população economicamente carente ficava sob cuidado da Igreja Católica, por meio de algumas instituições, como as Santas Casas e Misericórdia, que atuavam tanto com os doentes quanto com os órfãos e desprovidos.

Devido ao grande número de crianças abandonadas, foi criado o “sistema da rodas”, chamado popularmente de “roda dos expostos”, pois se tratava de mecanismo que possibilitava a entrega de bebês cujas mães tinham a pretensão de abandono. Este era um meio que facilitava o anonimato destas.

O “sistema de rodas” foi brilhantemente explicado pela presidente da Comissão de Direitos Humanos da USP, Maria Luiza Macílio:

<sup>12</sup> LORENZI, Gisella Werneck. Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. Disponível em <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

<sup>13</sup> SÊDA, Edson. Infância e sociedade: terceira via. São Paulo: ADÊS, 1998. p.6.

Dispositivo onde se colocavam os bebês que se queriam abandonar. Sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro interior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criancinha que enjeitava. A seguir, ele girava a roda e a criança já estava do outro lado do muro. Puxava-se uma cordinha, com uma sineta, para avisar a vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente se retirava do local sem ser identificado.<sup>14</sup>

Mais tarde, com a vinda do Código de Menores de 1927, esse aparato foi proibido, tornando-se obrigatório o registro da criança.

### 2.2. CÓDIGO DE MENORES DE 1927

No ano de 1927, entrou em vigor na legislação brasileira, por meio do Decreto n.º 17.943 de 12 de outubro de 1927, o primeiro Código de Menores.

O Código de Menores de 1927 era popularmente conhecido como “Código Mello Mattos”, pois foi produto do trabalho realizado por uma comissão de juristas chefiada pelo então juiz de menores do Rio de Janeiro, José Cândido de Mello Matos.

Tinha por objetivo a resolução dos problemas de assistência e proteção das crianças e adolescentes do Brasil, assim como a repressão à criminalidade infanto-juvenil.

Conceituava a criança e adolescente como o “menor” abandonado, o moralmente abandonado e o delinquente.

Segundo Couto (1998), no Código Mello Mattos, as crianças pobres passaram a ser denominadas “menores” e eram subdivididas em três categorias: os abandonados, para os que não tinham pais; moralmente abandonados, para os que eram oriundos de famílias que não tinham condições financeiras e ou morais; e delinquentes, para os que praticavam atos “criminosos” ou contravenções.<sup>15</sup>

O termo “menor” adquiriu uma imagem preconceituosa e excludente da criança como sujeito de direitos.

O destino de muitas crianças e adolescentes ficava a mercê do julgamento e da ética do juiz, uma vez que este era revestido de grande poder.

<sup>14</sup> LYRA, Aline; OLIVEIRA, Edvaldo. A infância pobre e estigmatizada na “Roda dos Expostos”. Disponível em <<http://www.portalcapemisa.com.br/capemisasocial/Paginas/AinfanciaPobreeEstigmatizadaNaRoda-DosExpostos.aspx>> Acesso em: 17 jul. 2011.

<sup>15</sup> DA SILVA, Chris Giselle Pegas Pereira. Código Mello Mattos: um olhar sobre a assistência e a proteção aos “menores”. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/14406/14406.PDFXXvmi=F01-WomP4XzRBHhOOJDJzPxxk9J9fxJVvpVwmlUdqSMiuuAkkjX4TODexMINIsJSSGqf3IstfgMKLm56H4bBT PPrCzgZ21SUljbLFFVv3GlpMP8R2JLRAeu9utcmw7fHj1mZgiUj0EKMTTFvDqneGTncnBJLI0s21Q1aW-DaCoX6IEDW52bMVAZkbJ7UJAXKr04CWHNz7Lgppkmvmzjj9IEk2LgLmewOeCqbkeLr1sSrNgZbPiu-0BakEVBqjQZ85B>> Acesso em: 7 ago. 2011.

### 2.3. Código de Menores de 1979

Passados mais de 50 anos da promulgação do Código Mello Mattos, por meio da Lei n.º 6.697 de 10 de outubro de 1979, instituiu-se o Código de Menores de 1979.

O Código de 1979 foi elaborado por um grupo de juristas selecionados pelo governo, com a finalidade de substituir o Código de Menores de 1927. Trata-se de uma revisão ao primeiro Código de Menores.<sup>16</sup>

Uma das alterações vindas com esse novo código foi a mudança da designação “abandonado” e “delinquente” por “menor em situação irregular”. Nesse momento histórico, crianças e adolescentes eram vistos como sinal de perigo ou perigosos.

Insta ressaltar que, assim como no Código de Menores de 27, o Código de Menores de 79 confere à “autoridade judiciária” poderes ilimitados quanto ao tratamento e destino de crianças e adolescentes.

A sociedade, preocupada com a questão dos direitos humanos, se indignou com a repressão apresentada em instituições de confinamento, principalmente pela presença de atos de perversidade e pela ineficácia dos resultados atingidos.<sup>17</sup>

Nesta época, houve muitos questionamentos em relação ao tratamento oferecido às crianças em “situação irregular”, acarretando a participação da sociedade civil na criação de uma lei que proporcionaria a proteção integral aos direitos infanto-juvenis.

### 2.4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1990

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído por meio da Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, substituiu o Código de Menores de 1979.

Ocorreu uma verdadeira mobilização nacional para a criação do ECA. Participaram diversos setores da sociedade civil, como o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), a Unicef<sup>18</sup>, a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Comissão Nacional Criança e Constituinte.

<sup>16</sup> MORAIS, Edson. Contexto Histórico do Código de Menores ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Mudanças Necessárias. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/19148/1/Contexto-Historico-do-Codigo-de-Menores-ao-Estatuto-da-Crianca-e-do-Adolescente--Mudancas-Necessarias-/pagina1.html#ixzz1Rq70km8O>> Acesso em: 7 ago. 2011.

html#ixzz1Rq70km8O> Acesso em: 7 ago. 2011.

<sup>17</sup> MORAIS, Edson. Contexto Histórico do Código de Menores ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Mudanças Necessárias. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/19148/1/Contexto-Historico-do-Codigo-de-Menores-ao-Estatuto-da-Crianca-e-do-Adolescente--Mudancas-Necessarias-/pagina1.html#ixzz1Rq70km8O>> Acessado em 7 ago. 2011.

<sup>18</sup> United Nations Children’s Fund (Fundo das Nações Unidas para a Infância).

Como resultado deste apelo popular, duas emendas de iniciativa popular, Criança e Constituinte e Criança: Prioridade Nacional, chegaram à Assembleia Nacional Constituinte dando origem ao artigo 227, caput, da Constituição Federal.

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 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 n.º 65, de 2010)**

O artigo acima transcrito expressa o dever da família, do Estado e da sociedade de proteger os direitos básicos das crianças e adolescentes. Agora, crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção.

O Estatuto institui a ideia de Proteção Integral a crianças e adolescentes, conforme o artigo 1º do ECA: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Com a vinda desta nova norma, inúmeras mudanças ocorreram, como a alteração do termo “Código”, até então utilizado, para “Estatuto”.

O Senador Gerson Camata, um dos proponentes dessa mudança de termo, explica os motivos que justificam tal alteração:

Aqui consta o título de Código do Menor, mas as pessoas, os líderes, os prelados, os pastores, as assistentes sociais preferem a palavra “estatuto” – não sou advogado, mas me parece que “código”, aqui, no Brasil, tem o sentido de coibir, de colocar proibições, de punir, e “estatuto” representa mais os direitos da criança. Essas entidades já começam a pedir que, em vez de código, se coloque a palavra “estatuto” e se garantam amplos direitos, se apliquem recursos, para que essas crianças sejam, efetivamente, recuperadas, que elas possam ter educação, como as outras crianças têm, que possam não viver só da mendicância e não comecem a perder sua dignidade logo no início de sua infância, quando, atiradas à rua, são submetidas a todo tipo de vexame, quase tratadas como animais, certamente tratadas de maneira pior do que os animais domésticos da classe média e da classe média-alta brasileira (Senador Gerson Camata, em sessão de aprovação do Projeto de Lei do Estatuto [PLS n.º 193/89], Diário Oficial da União, Senado Federal, 31 de maio de 1990).

Outra significativa mudança trazida pelo ECA foi a substituição do termo MENOR para a expressão CRIANÇA e ADOLESCENTE.

### 3. O VOCÁBULO “MENOR” E A SUA CONOTAÇÃO PEJORATIVA

O Código de Menores de 1927 conceituava crianças e adolescentes como o “menor abandonado ou delinquente”. Já o Código de Menores de 1979, com o intuito

de retirar o sentido discriminatório, passou a tratar crianças e adolescentes como “menores em situação irregular”. Nesta ordem de ideias, é importante citar o autor Edson Sêda:

Até 1989 vivíamos sob uma doutrina social e legal para meninos e meninas que era uma doutrina da menoridade absoluta, também conhecida como doutrina da situação irregular.

Essa doutrina via crianças e adolescentes como menores ou em situação irregular porque através dela se viam meninos e meninas não naquilo que eram (seres regulares), mas naquilo que não eram (seres irregulares). Não eram capazes, não eram sujeitos de direitos e de deveres, não eram autônomos em relação aos seus pais ou em relação ao Estado.<sup>19</sup>

O termo “menor” passou a ter um sentido pejorativo, discriminatório e indigno.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente aboliu-se a expressão “menor”, utilizada até o momento como sinônimo de crianças abandonadas, miseráveis ou infratoras.

Desta forma, não se deve mais usar nenhuma das possíveis combinações para o vocábulo menor, como, por exemplo, menor de idade, menor abandonado, menor infrator, entre outras.

Torna-se mais apropriado o uso das seguintes expressões: “criança”, “adolescente”, “pessoas em desenvolvimento”, “infante”, “sujeito de direitos especiais”.<sup>20</sup>

### 3.1. A NECESSIDADE DA REAL SUPERAÇÃO DO TERMO “MENOR”

Passados mais de 20 anos da promulgação do ECA, ainda é possível encontrar resquícios do Código de Menores.

Frequentemente presencia-se a utilização do vocábulo “menor” na doutrina civilista e nas manifestações processuais do sistema de justiça. Um dos argumentos utilizados é o de que o “menor” do direito civil (conceito de relativo ou absolutamente incapaz) não se confunde com o “menor” do Estatuto da Criança (menor pobre, delinquente, negro, abandonado). Logo, a defesa pela extinção absoluta do menorismo vinha se confundindo com compreensão compartimentada das esferas jurídicas supramencionadas. Desta forma, assim como foi substituído o uso da terminologia “pátrio poder” para “poder familiar”, deve-se superar o uso do termo “menor”.

Em análise ao texto normativo, constata-se que é patente a preferência do legislador pela terminologia criança e adolescente ao invés de menor, vejamos:

**Artigo 1º e 2º da Lei n.º 12.398, de 28 de Março de 2011:**

Art. 1o O art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

<sup>19</sup> SÊDA, Edson. Infância e sociedade: terceira via. São Paulo: ADÊS, 1998. p.12.

<sup>20</sup> ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

“Art.1.589.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da **criança ou do adolescente.**”

Art. 2o O inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 888.

VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da **criança ou do adolescente**, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós;

(grifos nossos)

Artigo 2º, inciso I, alínea “b”, da Lei n.º 12.435, de 6 de julho de 2011:

“Art. 2o A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

b) o amparo às **crianças e aos adolescentes** carentes; (grifos nossos)

**Artigo 3º, 1, da Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990:**

1. Em todas as medidas relativas às **crianças**, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da **criança**. (grifos nossos)

### 3.2. DETERMINAÇÃO LEGAL

Existem Municípios que, por meio de leis, proibiram o uso do vocábulo “menor” nos projetos e atividades que se referem a crianças e adolescentes. Como exemplos, podem ser citados:

**Lei Municipal n.º 13.187 de 16 de outubro de 2001 de São Paulo:**

PROÍBE O USO DA PALAVRA “MENOR” NA DESCRIÇÃO DOS PROJETOS E ATIVIDADES REFERENTES A CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSERIDOS NO ORÇAMENTO PROGRAMA ANUAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

(Projeto de Lei n.º 84/2000, da Vereadora Aldaiza Sposati - PT)

MARTA SUPPLICY, Prefeita do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, faz saber que a Câmara Municipal de São Paulo, nos termos do disposto no inciso I do artigo 84 do seu Regimento Interno, decretou e eu promulgo a seguinte lei:

**Art. 1º - Fica proibido o uso da palavra “menor” na descrição dos projetos e atividades referentes a crianças e adolescentes inseridos no Orçamento Programa anual do Município de São Paulo.**

**Art. 2º - Em substituição à palavra “menor” deverão ser utilizadas as palavras “criança”, “adolescente”, “criança e adolescente”, “infância”, “adolescência”, ou “infância e adolescência”, conforme o caso.**

**Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.**

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 16 de outubro de 2001, 448º da fundação de São Paulo.  
MARTA SUPPLY, PREFEITA  
DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/10/2001 (grifos nossos)

**Lei Municipal n.º 9.580, de 05 de agosto de 2004 de Porto Alegre:**

Proíbe o uso da palavra “menor”, atribuída à criança e adolescente, na correspondência e demais documentos oficiais expedidos pelos Poderes Executivo e Legislativo do Município de Porto Alegre

O PREFEITO MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE.

Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º **Fica proibido o uso da palavra “menor”, atribuída à criança e adolescente, na correspondência e demais documentos oficiais expedidos pelos Poderes Executivo e Legislativo do Município de Porto Alegre.**

**Art. 2º - Em substituição à palavra “menor” deverão ser utilizadas as palavras “criança”, “adolescente”, “criança e adolescente”, “infância”, “adolescência”, ou “infância e adolescência”, conforme o caso.**

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 05 de agosto de 2004.

João Verle, Prefeito.

César Bento, Secretário Municipal de Administração.

Registre-se e publique-se.

Jorge Branco, Secretário do Governo Municipal. (grifos nossos)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se de todo o exposto ser inegável o avanço obtido nas últimas décadas no que tange à legislação destinada às crianças e aos adolescentes. No entanto, na contramão de tal avanço, como visto, há a utilização do termo “menor” na denominação dos destinatários dos referidos diplomas legais.

Desta feita, resta patente, para que haja maior harmonia entre as diversas áreas do Direito, a necessidade de superar, expurgar o uso da terminologia “menor” da doutrina e legislação civilista pátria.

O princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no inciso III, art. 1º, da Constituição Federal, constitui fundamento da República Federativa do Brasil, sendo postulado teórico de obrigatoria observância de todos, inclusive na função legislativa. A superação da denominação “menor”, além de corrigir a equivocada utilização de tal adjetivo, significará tratamento mais digno, maior respeito aos destinatários da produção legislativa ora em debate.

Afinal, não há como exigir da sociedade o tratamento diferenciado que se objetiva com a edição de novos diplomas legais, se o próprio veículo normativo traz em seu bojo as marcas de preconceito advindas da história e positivadas nos diplomas legais, conforme explicitado no presente trabalho. É preciso que se dê o exemplo e, somente assim, a sociedade brasileira poderá seguir adiante na busca pela construção sociedade mais justa, livre e solidária.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Diário Oficial da União, de 31 de maio de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei Federal n.º 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13 de julho de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei Federal n.º 12.398, de 28 de Março de 2011.

\_\_\_\_\_. Lei Municipal n.º 13.187 (São Paulo) de 16 de outubro de 2001.

\_\_\_\_\_. Lei Municipal n.º 9.580, (Porto Alegre) de 05 de agosto de 2004.

\_\_\_\_\_. Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990:

SÊDA, Edson. Infância e sociedade: terceira via. São Paulo: ADÊS, 1998

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LORENZI, Gisella Werneck. Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

LYRA, Aline; OLIVEIRA, Edvaldo. A infância pobre e estigmatizada na “Roda dos Expostos”. Disponível em <<http://www.portacapemisa.com.br/capemisasocial/Paginas/AinfanciaPobreeEstigmatizadaNaRodaDosExpostos.aspx>> Acesso em: 17 jul. 2011.

DA SILVA, Chris Giselle Pegas Pereira. Código Mello Mattos: um olhar sobre a assistência e a proteção aos “menores”. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/14406/14406.PDFXXvmi=F01WomP4XzRBHhOOJDJzPpkJ9tfxJVvpVwm-IUdqSMiuuAkkjX4TODexMINIsJSSGqf3IstfgMKLm56H4bBTPPrCzgZ21SUljbLFFfV-V3GIpMP8R2JLRAeu9utcw7fHj1mZgiUj0EKMTTFvDqneGTncnBJLI0s21Q1iaW-DaCoX6iEDW52bMVAZkbJ7UJAXKr04CWHNz7LGppkmvmzj9iEk2LgLMewOeCqb-keLr1sSrNgZbPiu0BakEVBqjQZ85B>> Acesso em: 7 ago. 2011.

MORAIS, Edson. Contexto Histórico do Código de Menores ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Mudanças Necessárias. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/19148/1/Contexto-Historico-do-Codigo-de-Menores-ao-Estatuto-da-Crianca-e-do-Adolescente--Mudancas-Necessarias-/pagina1.html#ixzz1Rq70km8O>> Acesso em: 7 ago. 2011.

**NAS DEMANDAS PROPOSTAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA, POR FORÇA DO ARTIGO 461, §5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, APLICÁVEL NA PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES DEVIDO AO ARTIGO 212, §1º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, É POSSÍVEL O BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS, EM ESPECIAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS ELENCADOS NO ARTIGO 208, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

---

**Fernando Catache Borian**  
Defensor Público do Estado de São Paulo

Com o objetivo de privilegiar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o legislador inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente o artigo 213, que assim dispõe:

Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Trata-se, no caso, de inserção do princípio da primazia da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, de acordo com o qual o credor tem o direito de buscar justamente aquilo que ele obteria se o devedor tivesse cumprido de forma espontânea a obrigação, ou seja, sem a necessidade da atividade substitutiva do Poder Judiciário.

E justamente para garantir a primazia da tutela específica, o legislador concedeu ao juiz o poder geral de efetivação, que, segundo Luis Guilherme Marinoni (2006, p. 231) encerra uma cláusula geral executiva, prevista no artigo 461, §5º, do Código de Processo Civil, totalmente aplicável na proteção judicial dos Interesses Individuais,

Difusos e Coletivos das crianças e adolescentes por força do artigo 212, §1º, do Estatuto. In verbis:

Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

§ 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil.

Código de Processo Civil

Art. 461 (...)

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

O dispositivo traz um rol exemplificativo (*numerus apertus*) das medidas executivas a serem adotadas, já que sua redação traz medidas-modelo (imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva) logo em seguida a uma expressão genérica (determinar as medidas necessárias, tais como (...)).

Assim, à vista do direito fundamental de prestação jurisdicional adequada, célere e efetiva (artigo 5º, LIV, da Constituição) e do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional, o poder geral de efetivação permite ao magistrado tomar qualquer medida coercitiva apta a propiciar o cumprimento de suas decisões, obviamente que respeitadas à proporcionalidade no seu uso.

De acordo com Luis Guilherme Marinoni (2006, p. 231):

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada, afastando o princípio da tipicidade e consagrando o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz.

Assim, com fundamento no poder geral de efetivação conferido ao juiz pelo artigo 461, §5º, do Código de Processo Civil, aplicável na proteção judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos das crianças e adolescentes por força do artigo 212, §1º, do Estatuto, tem-se possível a adoção de medidas executivas assecuratórias do provimento antecipatório ou final, como o bloqueio de verbas públicas, em caso de descumprimento de ordens judiciais, em especial na concretização dos direitos elencados no artigo 208, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

Nesse sentido, já se manifestou o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. 1. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento do medicamento RI-TUXIMAB (MABTHERA) na dose de 700 mg por dose, no total de 04 (quatro) doses, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor da recorrente, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas do ora recorrido, depositadas em conta corrente. 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida do demandante. 4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva

especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: “Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.” 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 7. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrido em fornecer o medicamento necessário à recorrente. 8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 9. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1002335/RS; Rel. Min. Luiz Fux (1122); DJ 22/09/2008)

Ora, a peculiaridade de se tratar da Fazenda Pública no polo passivo da ação não é motivo suficiente para limitar a aplicação do art. 461 e parágrafos do Código de Processo Civil, ou seja, o poder geral de efetivação, a atipicidade dos meios executivos e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não podem sofrer relativizações por conta da qualidade da parte processual.

Não obstante o sequestro de valores seja medida de natureza excepcional, muitas vezes a efetivação da tutela concedida pelo magistrado estará relacionada à preservação da saúde, da vida e da dignidade do indivíduo, em especial de crianças e adolescentes, de modo que a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior.

Por derradeiro, convém acrescentar que, na maioria de casos tais, se não for realizado o tratamento médico, a cirurgia, o fornecimento de medicamento, a matrícula da criança ou adolescente no estabelecimento educacional, etc., com a devida urgência, a recalcitrância da entidade pública em cumprir as prestações a que está obrigada ensejará apenas e unicamente como medida possível a conversão da obrigação inadimplida em perdas e danos, o que, além de não atender ao objetivo precípuo do ordenamento jurídico, é solução sempre excepcional na sistemática processual.

## FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Com a adoção da tese institucional sugerida, a Defensoria Pública combaterá de modo estratégico, célere e efetivo, o descumprimento de ordem judicial imposta a Fazenda Pública para a concretização dos principais direitos sociais das crianças e adolescentes, principalmente daqueles descritos no artigo 208, do Estatuto da Criança e Adolescente.

Caso haja, por exemplo, concessão de medida liminar obrigando a Fazenda Pública a disponibilizar determinado medicamento no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária, não sendo o comando judicial devidamente cumprido, o Defensor Público por intermédio de simples petição pedirá o bloqueio do numerário público suficiente para a compra do medicamento diretamente pelo representante do infante, mediante posterior prestação de contas nos autos.

A mesma postura dever ter o Defensor Público diante da recalcitrância da Fazenda Pública em cumprir ordens judiciais envolvendo a efetivação de outros direitos elencados no artigo 208 do Estatuto, como, por exemplo, no atendimento no ensino obrigatório, no atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, na disponibilização de creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos de idade, no atendimento de outras ações e serviços de saúde, etc.

Isso garantirá maior agilidade na tutela dos direitos sociais das crianças e adolescentes defendidos, bem como redução do número de demandas a serem propostas pelos Defensores Públicos, em clara atenção aos princípios da efetividade e da celeridade processual.

## REFERÊNCIAS

MARINONI, Luis Guilherme. Controle do poder executivo do juiz: execução civil, estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

# **DA IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DE PAIS ADOLESCENTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES**

---

**Giuliano D'andrea**

Defensor Público do Estado de São Paulo

## **INTRODUÇÃO**

A nova acepção de família dada pela Constituição consolidou o afastamento do caráter privado que se dava ao direito de família, consequência, talvez, do espírito individualista observado no código civil de 1916. Essa nova visão, em verdade, já afluía, desde há muito, no meio jurídico, quando juristas passaram a asseverar a importância da inferência do Estado o Direito de Família.

A edição da Lei n.º 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, evidenciou, ainda mais, a importância da família e o dever do Estado em interferir, por meio da edição de normas cogentes, nas obrigações dela advindas. A criança e o adolescente, agora sujeitos de direito, passaram, expressamente, a gozar de proteção integral.

A rigor, a criança ou o adolescente deve ser criado no meio de sua família de origem ou com a qual possua vínculo natural. Somente na total impossibilidade de se desenvolver e conviver nela é que será inserido em família substituta.

Não se nega, deve-se registrar, que a democratização das relações e o tratamento sem discriminação que se passou a dar a toda entidade familiar fez como que se passasse a tratar a família no enfoque da afetividade e não simplesmente no contraste de poderese na consanguinidade. Giselle Câmara Groeninga, ao comentar a importância da formulação de um Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n.º 2.285/07, que tramita na Câmara dos Deputados) situa as mudanças do paradigma familiar nos idos dos anos de 1960, afirmando que ele se traduziu na forma de comunhão de vida consolidada na afetividade e não no poder marital ou paternal; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; igualdade entre os filhos de origem biológica ou socio-afetiva; garantia de dignidade das pessoas humanas que a integram.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> In: ALVES, Leonardo Barreto Morreira, coord. Código das Famílias Comentado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 6.

A família contemporânea, anota João Batista de Oliveira Cândido, é plural, igualitária; não está mais centrada no casamento, ou seja, não é singular ou unitária, é plural.<sup>22</sup>

Com vista à extensa interpretação que se dá ao conceito de família, hoje já se denomina direito das famílias o ordenamento jurídico que dela cuida.

O que importa dizer é que o art. 19, do ECA, expressa o direito de a criança e de o adolescente serem criados dentro de uma família, preferencialmente na de origem, em ambiente saudável ao seu desenvolvimento e longe de pessoas dependentes de entorpecentes.

O direito de participar da vida familiar e comunitária, como já mencionado alhures, é direito fundamental, e significa o direito da participação da criança e do adolescente na vida familiar, sem preconceito ou discriminação de quaisquer espécies. Os anseios e as opiniões da criança e do adolescente devem ser considerados para a condução dos projetos familiares e também na vida comunitária.

Caso a criança e o adolescente não puderem ser mantidos em sua família de origem e extensa, seja pela falta delas ou pela total inexistência de condições de prover-se seu bom desenvolvimento (ou pelo fato de a convivência ser nociva e prejudicial), deverão ser colocados em família substituta. E, nesse ínterim, se necessário para sua proteção, poderão ser inseridos em acolhimento institucional ou família acolhedora.

Daí a preocupação do Estatuto em disciplinar que a situação da criança e do adolescente acolhido em família ou instituição deve ser reavaliada no máximo a cada seis meses e que a duração do acolhimento não pode superar dois anos. A manutenção em programa de acolhimento institucional ou familiar só poderá ser prorrogado com justificativa na sua premente necessidade e vantagem à criança ou adolescente, em decisão fundamentada pelo juiz.

De qualquer sorte, o §3º do art. 19 reforça a tese da excepcionalidade, deixando expresso que devem ser esgotados os meios de manutenção da criança e do adolescente na família. Esse esgotamento é feito mediante a inclusão em programas assistenciais que devem ser oferecidos pelo Poder Público, bem como acompanhamento em todos os níveis, especialmente o psicológico e psiquiátrico.

## 1. PODER FAMILIAR – ASPECTOS GERAIS

Poder familiar é o conjunto de direitos e obrigações dos pais em relação a seus filhos não emancipados, concernentes ao cuidado, à educação, ao desenvolvimento integral, à defesa de direitos e garantias dos filhos em conformidade com a Constituição e a lei.

<sup>22</sup> In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 54.

No regime do código civil de 1916 utilizava-se “pátrio poder”, termo originado do direito romano (patriapotestas) e que estava relacionado à figura do “chefe de família”, o qual, no nosso ordenamento jurídico, era o pai. Com a consolidação do princípio da igualdade, posicionando pai e mãe em um mesmo patamar, o Código de 2002 adotou o termo “poder familiar”. Apesar disso, discute-se, desde há muito, se a adoção de “poder familiar” traduz o significado desse conjunto de direitos e obrigações entre pais e filhos. O “Estatuto das Famílias” (projeto de Lei 2.285/07), em vista disso, substituiu “poder familiar” por “autoridade parental”.

O que se deve ter em vista é que o poder familiar ou a autoridade parental não significa força maior dos pais sobre os filhos e sim o poder-dever daqueles de conduzir o desenvolvimento destes em prol de seu melhor interesse.

Assim, o poder familiar, conforme anota Denise Damo Comel, pela impossibilidade de ser exercido potestivamente pelos pais, não implica direito subjetivo. Daí porque a citada autora leciona que sua natureza jurídica é de “um poder instrumental, outorgado aos pais tão-somente para ser exercido no interesse do filho, submetido e dirigido exclusivamente a sua formação integral, com nítido caráter de função social”<sup>23</sup>. O poder familiar, assim, é o exercício de uma autoridade conferida para se zelar pelo interesse do filho e em prol de sua formação e desenvolvimento.

A relação entre pais e filhos há de ser harmônica e se os pais têm direitos e obrigações em relação aos filhos, estes também os têm em relação aos pais.

Em relação aos pais, o art. 1.634, do CC, dispõe que a eles compete **dirigir a criação e educação dos filhos**, o que compreende não só zelar pela manutenção de sua sobrevivência, mas no esforço de fazer com que os filhos cresçam e progridam, tenham papel útil e relevante na sociedade e possam, com dignidade, gerir a própria vida.

O exercício do poder familiar concede aos pais **o direito de ter os filhos em sua companhia**, o que possibilita, em verdade, dirigir-lhes a criação e educação. Somente em casos excepcionais esse direito é mitigado, seja quando os pais não puderam exercer, concomitantemente, esse direito (como no caso da separação judicial, por exemplo) ou quando a manutenção da criança ou adolescente na companhia dos pais representar-lhes prejuízo.

Cabe aos pais, em relação aos filhos, **conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar**. Ao homem e mulher é permitido casar aos 16 anos, desde que autorizados pelos pais. Na falta de anuência dos pais ou na discordância entre eles, a decisão cabe ao juiz, através de ação de suprimimento de consentimento para casar, pleiteada pelo menor, situação na qual, procedente a ação, será o casamento em separação obrigatória de bens. Excepcionalmente os menores de 16 anos também poderão casar, mediante autorização judicial via ação de suprimimento ou suplementação de idade núbil, no caso de comprovada gravidez; nesta hipótese o regime de bens será também o da separação obrigatória de bens.

<sup>23</sup> O Poder Familiar. São Paulo: RT, 2003. p. 63.

É faculdade dos pais, também, **nomear tutor aos filhos** por testamento ou documento autêntico, se um dos pais não lhe sobreviver ou, sobrevivo, não puder exercer o poder familiar; **representá-los nos atos da vida civil** até os 16 anos, e assisti-los após essa idade, suprindo-lhes o consentimento; **reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição**. Sobre esse último aspecto, o Código Civil Italiano (art. 315) resume a obrigação dos filhos no dever de respeitar os pais e de contribuir com o próprio sustento e manutenção da família enquanto conviver no seio dela. Silvo de Salvo Venosa, citando Jean Carbonnier, dá o exemplo do Código Civil Francês que expressa ser dever do filho honrar e respeitar seu pai e sua mãe.<sup>24</sup>

O poder familiar é exclusivo dos pais; é irrevogável, intransmissível e indelegável (o antigo código de menores – Lei 6.697/1979 autorizava a delegação do “pátrio poder” se assim desejassem os pais, para prevenir “situação irregular” – art. 21).

Os filhos sujeitam-se ao poder familiar enquanto menores e incapazes. O filho menor emancipado não mais se sujeita a ele; o filho maior, ainda que permaneça incapaz, também não se subjugava ao poder familiar. Na falta de um dos pais o outro exercerá com exclusividade o poder familiar e, na divergência entre ambos, um deles poderá recorrer ao juiz para dirimir a desavença.

Ao filho não reconhecido pelo pai, o exercício do poder familiar pertence à mãe. Em sendo ela desconhecida ou incapaz, ao menor dar-se-á tutor. Ao nascituro, se incapaz a mãe ou houver sido destituída do poder familiar, será dado curador.

## 2. DAS CAUSAS DE EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar **extingue-se: a) pela morte dos pais ou do filho; b) pela emancipação; c) pela maioridade, aos 18 anos; d) pela adoção; e) pela destituição**, ocasionada por castigos imoderados aplicados pelos pais, abandono do filho, atos contra a moral e bons costumes, pela falta reiterada nos deveres inerentes ao poder familiar; o art. 92, do Código Penal, prevê, ainda, a perda do poder familiar como efeito da condenação em casos de crimes dolosos, punidos com reclusão e praticados contra filhos.

O poder familiar poderá ser **suspenso** no caso de falta aos deveres, abuso de autoridade dos pais, ruína dos bens dos filhos ou condenação do pai ou mãe à pena de mais de 2 anos de prisão.

Nem o ECA nem o código civil mencionam qual a **extensão ou intensidade** do abuso dos pais capaz de acarretar a suspensão ou destituição do poder familiar. Assim, tais medidas (extinção e suspensão do poder familiar) devem ser excepcionais e calçadas na proporcionalidade, bem como condicionadas à evidente ofensa aos interesses da criança e do adolescente ou a ruína de seu patrimônio (art. 1.637, CC).

<sup>24</sup> Código Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.497.

Mister ponderar que a perda ou destituição do poder familiar é ensejada pelo **comportamento intencional** dos pais ou, ao menos, pela **consciência** de que seus atos possam acarretar o prejuízo à criança e ao adolescente.

Há situações em que a omissão e falta de deveres dos pais não enseja a suspensão ou destituição do poder familiar, mas, em verdade, indicam a necessidade de auxílio, acompanhamento especializado, tratamento ou inclusão em programas assistenciais. Dai porque o abuso da autoridade parental e a conseqüente falta nos deveres inerentes ao poder familiar devem ser qualificados pela indolência manifesta, pela falha contumaz, pela inércia em prestar auxílio, pelo descuido irresponsável. Lembre-se, a propósito disso, que “falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar” (art. 23, ECA).

Além disso, as hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar previstas nos arts. 1.637 e 1.638, do CC, quando calcadas de **critério subjetivo**, devem ofender, efetivamente, os interesses da criança e do adolescente. Assim, por exemplo, para que se configure o castigo imoderado ao filho, como no caso dos maus-tratos, o comportamento dos pais deve ensejar o risco, o tratamento desumano, a privação, consubstanciados no comportamento doloso que faz sofrer. Outro exemplo: a prática de atos contra a moral e os bons costumes (art. 1.638, III) deve refletir, efetivamente, na vida do filho. Por isso, o só fato de um pai ser condenado por prática criminosa (sem que o crime tenha relação direta contra o filho), estar preso, e, por isso, não estar possibilitado, nessa condição, de prestar cuidados aos filhos, não basta como motivo para invocação e quaisquer dos fundamentos do art. 1.638, do Código Civil. A esse respeito leciona Rolf Madaleno que

Se bem examinada a pena acessória imposta pela legislação civil, afigura-se no mais das vezes completamente injusta, especialmente quando o crime não guarda qualquer correlação com a vinculação parental, indo de encontro aos superiores interesses dos menores, os quais ficarão privados da presença deste genitor na condução de sua vida, que ao contrário do temor da lei pode ser segura e prenhe de aptidão, porque não há razão alguma para o legislador presumir, aleatoriamente, a incapacidade. Sequer o fato da prisão é capaz de inibir o sadio exercício do poder familiar (...)<sup>25</sup>

## 3. DA IMPOSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DE PAIS ADOLESCENTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

Questão interessante é se adolescente absolutamente incapaz que é pai ou mãe pode exercer o poder familiar sobre seu filho.

Consideramos que o exercício do poder familiar se inclui nos atos da vida civil, razão pela qual o absolutamente incapaz não pode exercê-lo, mas o relativamente sim, desde que assistido por seu responsável.

<sup>25</sup> Curso de Direito de Família. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 513.

Analisando os atributos inerentes ao poder familiar, não é difícil concluir que se trata de atos que exigem a aptidão para o exercício da capacidade. Assim, dirigir a educação e sustento, conceder autorização para casar, nomear tutor e até reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha são faculdades e obrigações que demandam exercício de atos da vida civil.

Com efeito, quem está em tese sujeito ao poder familiar (menor não emancipado) não pode exercê-lo, ainda que o adolescente pai ou mãe, como sujeito de direitos, possua, potencialmente, direitos afetos ao poder familiar (como ter o filho em sua companhia ou exigir-lhe respeito). Trata-se, aqui, da capacidade de direito, “como inerência própria da qualidade de sujeito de direitos, ou seja, da qualidade de quem tem personalidade”<sup>26</sup>. Não tem, por outro lado, a capacidade de **exercê-lo**, já que o exercício do poder familiar está adstrito aos pais aptos a praticar os atos da vida civil<sup>27</sup>. Falta-lhe, assim, a **capacidade de fato** (ou de exercício), que se resume na inaptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Por isso temos como inadmissível a propositura de ação de suspensão e destituição do poder familiar contra adolescente até 16 anos absolutamente incapaz.

Com base nesse raciocínio, a solução para o exemplo de uma adolescente, com idade de 14 anos, que seja mãe e cujo pai não tenha reconhecido o filho e a colocação dela, e do filho, em tutela, com fulcro no art. 1.633, CC<sup>28</sup>. O exercício do poder familiar se dará quando o pai ou mãe absolutamente incapaz adquirir a capacidade. Trata-se da aquisição da capacidade, assim, de condição suspensiva.

Veja-se que a suspensão ou destituição do poder familiar funda-se na falha dos deveres ou abuso do poder familiar, motivos que não podem ser invocados em detrimento de quem não o exerce.

Não se quer dizer com isso, é preciso asseverar, que a autoridade parental é mero poder conferido aos pais em relação aos filhos. O escopo do poder familiar é garantir a proteção dos interesses e direitos dos filhos menores e a destituição do poder familiar não é uma pena aplicada aos pais.

A questão é colocar em pé de igualdade a criança ou adolescente incapaz sujeito ao poder familiar e o pai ou mãe, adolescente e absolutamente incapaz, impossibilitado de exercê-lo.

Em ambos os casos se está diante de criança e adolescente na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, conforme expressa o art. 6º, do ECA. Na colidência de interesses entre ambos, não se pode optar pela prevalência de um sobre o outro.

<sup>26</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 208.

<sup>27</sup> Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 250.

<sup>28</sup> “Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”.

Em outras palavras, a suspensão ou destituição do poder familiar não pode ser sustentada na omissão ou abuso de quem não tem aptidão para seu exercício.

Não se pode justificar a suspensão ou destituição do poder familiar de adolescente absolutamente incapaz sob o pretexto de proporcionar melhores chances à criança que não teve seus interesses atendidos pelo pai ou mãe que, em tese, descumpriu os deveres imanentes à autoridade parental, haja vista que esse pai ou mãe, na situação sob análise, também carece de atenção especial, inclusive no que tange à necessidade de assistência.

A solução nesse caso é colocar pais e filhos no mesmo patamar de igualdade, aplicando-se, por extensão, o que se dispõe acerca da igualdade entre filhos (art. 227, §6º, CF; art. 20, ECA; art. 1.596, CC) e fornecendo a ambos todo o suporte assistencial e protetivo necessários, fazendo preponderar os direitos e dignidade de ambos, tudo em prol da manutenção da convivência familiar.

**A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS  
COLETIVO PARA RESGUARDAR OU  
REESTABELECEM O DIREITO À LIVRE  
LOCOMOÇÃO DE TODAS AS  
CRIANÇAS E ADOLESCENTES QUE SE  
ENCONTREM, AINDA QUE EM CARÁTER  
TRANSITÓRIO, DENTRO DOS LIMITES DE  
COMARCA NA QUAL SEJA EDITADO O  
CHAMADO “TOQUE DE RECOLHER”, ANTE  
A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE E  
ILEGALIDADE DE TAL ATO.**

---

**Luís Gustavo Fontanetti Alves Da Silva**  
Defensor Público do Estado de São Paulo

É crescente, nos dias atuais, o número de comarcas nas quais os juízes da infância e juventude, com fundamento nos artigos 98, 99 a 101, 148 e 149 do ECA, bem como em errôneo entendimento a respeito do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, editam portarias criando o chamado “toque de recolher”.

Tais magistrados, visando proteger as crianças e adolescentes residentes ou em trânsito pela comarca, editam ato normativo, geral e abstrato, pelo qual, em regra, determinam o recolhimento e devolução aos pais ou responsáveis, pelo conselho tutelar e pela polícia, de toda e qualquer criança e adolescente que:

- a) esteja nas ruas da comarca após as 23 horas, desacompanhada de seus pais ou responsáveis;
- b) esteja, independentemente do horário, desacompanhada de seus pais ou responsáveis, nas proximidades de prostíbulos e de pontos conhecidos como de venda e de uso de entorpecentes;
- c) esteja, desacompanhada de seus pais ou responsáveis, na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas;
- d) seja flagrada consumindo bebida alcoólica, ainda que acompanhada de seus pais ou responsáveis; e
- e) esteja na companhia de adultos que estejam consumindo entorpecentes, ainda que acompanhado de seus pais ou responsáveis.

Não obstante a presumida boa intenção das autoridades judiciais que assim o fazem, é certo que as portarias supramencionadas, ante à inconstitucionalidade e ilegalidade a ela inerentes, violam expressamente o direito constitucional à liberdade

das crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que transitoriamente, no âmbito de tais comarcas, sendo de rigor, pois, a atuação da Defensoria Pública a fim de resguardar/restabelecer tal direito.

Para isso, propomos a utilização, pelos Defensores Públicos, de habeas corpus coletivo, impetrado com fundamento nos seguintes argumentos jurídicos.

## 1. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO HABEAS CORPUS COLETIVO

As ações constitucionais, enquanto espécie de garantia constitucional<sup>29</sup>, visam conceder proteção e eficácia plena aos direitos fundamentais, guardando verdadeira relação de interdependência com tais direitos. Assim é, porque, enquanto os direitos declaram a situação subjetiva particular de seu titular, as garantias, em especial as ações constitucionais, criam mecanismos para assegurar que o referido titular usufrua da situação subjetiva declarada.

Nesse passo, como afirma Geisa de Assis Rodrigues<sup>30</sup>, “**é cediço que as ações constitucionais garantem a existência dos direitos e das liberdades fundamentais e por isso demandam o mesmo regime constitucional**”.

Destarte, o conteúdo e a amplitude do “direito-garantia”<sup>31</sup> consubstanciado em cada uma das ações constitucionais deve ser compreendido de acordo com os métodos de interpretação/aplicação próprios dos direitos humanos fundamentais.

Aplicam-se, pois, às ações constitucionais, dentre outros, os princípios da unidade, da máxima efetividade e da concordância prática das normas constitucionais.

Com efeito, de há muito a jurisprudência, visando garantir efetividade máxima ao direito de livre locomoção, vem interpretando o conteúdo da garantia constitucional do habeas corpus de modo a, harmonizando-o com os direitos constitucionais à tutela jurídica efetiva e célere (CF, art. 5º, incisos XXXVI e LXXVIII), permitir a utilização do chamado **habeas corpus coletivo**, o qual objetiva resguardar a liberdade de locomoção de uma coletividade de pessoas que esteja ameaçada ou vilipendiada de forma homogênea, por ato ilegal ou abusivo, mediante o manejo de uma única ação constitucional.

Nesse passo, adéqua-se a garantia constitucional/processual do habeas corpus ao que Mauro Cappelletti e Bryant Garth chamaram de “segunda onda de acesso à justiça”<sup>32</sup>, pela qual se propõe justamente a utilização de instrumentos processuais voltados à tutela de direitos e interesses difusos como meio de romper as barreiras ao amplo acesso à justiça.

<sup>29</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra *Direitos Humanos Fundamentais* (2ª ed., Saraiva, p. 32-33), fala em três espécies de garantias constitucionais: garantias-limites, garantias-institucionais e garantias-instrumentais, sendo estas últimas correspondentes às ações constitucionais.

<sup>30</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões em homenagem ao Professor Pinto Ferreira: as ações constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>31</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. Editora Jus Podivm, p. 617.

<sup>32</sup> Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 31.

Veja-se, como exemplo de utilização do habeas corpus coletivo para tutela de direitos de pessoas submetidas à Execução Criminal em um mesmo estabelecimento, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS – REGIME SEMIABERTO – INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO – COLÔNIA PENAL – FORÇOSA A COLOCAÇÃO DOS REEDUCANDOS NO REGIME MENOS GRAVOSO – DOMICILIAR – ATÉ QUE SEJAM DISPONIBILIZADAS VAGAS NO LOCAL ADEQUADO NA FORMA DA LEI DE EXECUÇÕES PENASIS – ORDEM CONCEDIDA A FIM DE QUE SEJAM COLOCADOS NO REGIME DOMICILIAR TODOS OS ENCARCERADOS DO REGIME SEMIABERTO QUE CUMPREM PENA DO PRESÍDIO DE DOIS IRMÃOS DO BURITI. No caso vertente, a execução da pena no regime que lhes foi designado – semiaberto – é direito inegociável, e, a inexistência de estabelecimento penal adequado, não enseja ao Estado a possibilidade de manter os encarcerados em regime mais gravoso. Imperativa a colocação em regime domiciliar. Os artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal, especificam o estabelecimento referente a cada modalidade de cumprimento de pena, estipulando no caso do regime semiaberto. Doutrina: A Colônia Penal deve ser “estabelecimento penal de segurança média, onde já não existem muralhas e guardas armados, de modo que a permanência dos presos se dá, em grande parte, por sua própria disciplina e senso de responsabilidade. É o regime intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência.” - O Poder Judiciário não pode ser conivente com o descumprimento da lei pelo Poder Executivo, quando não providencia os estabelecimentos adequados aos reeducandos, conforme prevê o ordenamento jurídico. (TJ/MS – 1ª Turma Criminal – HC 2009.032499-0/0000-00 – Impet.: DPMS – Pacientes: Internos do Presídio de Dois Irmãos do Buriti – Relato: Des. Dorival Moreira dos Santos – Jul.: 12/01/2010, v.u.)

**Ressalte-se, por oportuno, que o cabimento do habeas corpus coletivo torna-se ainda mais incontroverso quando destinado a resguardar o direito de locomoção de crianças e adolescentes.**

Isso porque, além do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, bem como dos direitos à efetiva e célere tutela jurisdicional, aplica-se à tutela jurisdicional da liberdade de ir e vir das crianças e adolescentes **o dever de integral proteção e promoção dos direitos das crianças e adolescentes (CF, art. 227), o qual permite o reconhecimento de lesão ou ameaça de lesão a tais direitos por meio de qualquer tipo de ação judicial**. Irretocável, quanto ao tema, o disposto no artigo 212 do ECA, in verbis: “Art. 212. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”.

Logo, nos moldes do artigo 5º, inciso LXVIII, da CF/88, interpretado em consonância com o exposto acima, resta inequívoco o cabimento do habeas corpus coletivo, uma vez que visa defender o direito de locomoção das crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que transitoriamente, dentro dos limites das comarcas em questão, contra ato judicial que, conforme será exposto a seguir, é inconstitucional, ilegal e abusivo.

## 2. DA INCONSTITUCIONALIDADE/ ILEGALIDADE DO TOQUE DE RECOLHER

### 2.1 - BREVE INTRODUÇÃO

#### (Superação do Menorismo – Reflexos na Atuação Estatal/Judicial)

O Código de Menores de 1979 trazia em seu bojo a Doutrina da Situação Irregular, que era calcada na ideia de incapacidade dos menores e no dever de tutela destes pelo Estado.

A “situação irregular” dos menores era declarada tanto pela conduta pessoal destes (caso de infrações), como por atos da família (maus-tratos) ou da Sociedade como um todo (abandono), e fazia com que lhes fosse atribuída a condição de “objetos da tutela protetiva do Estado”.

Interessante, para o presente caso, notar a descrição das principais características da Doutrina da Situação Irregular trazida por João Batista Costa Saraiva, em sua festejada obra *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional* (Editora Do Advogado, 3ª edição, p. 24-25):

Do trabalho de Mary Beloff extraem-se as principais características da Doutrina da Situação Irregular:

a-) As crianças e os jovens aparecem como objetos de proteção, não são reconhecidos como sujeitos de direitos, e sim como incapazes. Por isso as leis não são para toda a infância e adolescência, mas sim para os “menores”.

b-) Utilizam-se categorias vagas e ambíguas, figuras jurídicas de ‘tipo aberto’, de difícil apreensão desde a perspectiva do direito, tais como ‘menores em situação de risco ou perigo moral ou material’, ou ‘em situação de risco’, ou ‘em circunstâncias especialmente difíceis’, enfim esta-belece-se o paradigma da ambigüidade.

c-) Neste sistema é o menor que está em situação irregular; são suas condições pessoais, familiares e sociais que o convertem em um ‘menor em situação irregular’ e por isso objeto de uma intervenção estatal coercitiva, tanto ele como sua família.

(...)

e-) Surge a idéia de que a proteção da lei visa aos menores, consagrando o conceito de que estes são ‘objetos de proteção’ da norma.

f-) Esta ‘proteção’ freqüentemente viola ou restringe direitos porque não é concebida desde a perspectiva dos direitos fundamentais.(g.n.)

Em virtude da mencionada concepção, que enxerga no menor o objeto da norma protetiva, ele, enquanto ser incapaz, **era despido dos direitos mais básicos concedidos aos adultos, como os direitos à liberdade, a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, à ampla defesa, etc., ficando a mercê do “prudente arbítrio” das autoridades constituídas.**

É neste contexto que surge o “juiz de menores”, que devia atuar na “proteção geral dos menores”, para além da lei, como um “bom pai de família”, com faculdades ilimitadas e onipotentes de disposição e intervenção sobre as famílias e as crianças,

com amplo poder discricionário. Veja-se, nesse sentido, a literal disposição do artigo 8º do Código de Menores:

Art. 8º - A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, **através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrem necessárias** à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder” (grifos nossos)

Todavia, a experiência de anos sob a égide da doutrina da situação irregular, fez ver que atuação ilimitada dos órgãos estatais, desconectada com parâmetros mínimos de direitos a serem compulsoriamente observados, ainda que voltada à suposta proteção dos menores, gerava desigualdades e arbitrariedades, que mais oprimiam que protegiam essa parcela da sociedade.

Calcada nessa experiência, bem como inspirada no texto da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a Constituição Federal de 1988, após afirmar a vigência para todos, sem qualquer tipo de discriminação, dos direitos humanos fundamentais (art. 1º, inciso III; art. 3º, incisos I e IV; e art. 5º, caput), introduz no ordenamento jurídico brasileiro, por seu artigo 227, a Doutrina da Proteção Integral, segundo a qual, as crianças e os adolescentes **são considerados como pessoas em desenvolvimento, dotadas, pois, de todos os direitos e garantias conferidos aos adultos e mais daqueles necessários para assegurar seu crescimento saudável.**

Reafirmando a adoção deste novo paradigma, o artigo 3º do ECA, editado em 1990, declara:

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.**(grifos nossos)

Supera-se, pois, a visão da criança e do adolescente como objetos da norma protetiva, passando-se a enxergar neles os sujeitos titulares dos direitos garantidos pela lei.

Outra vez avulta de interesse a lição de João Batista Costa Saraiva<sup>33</sup>, que elenca como principais características da Doutrina da Proteção Integral adotada no Brasil a partir da CF/88:

a) Definem-se os direitos das crianças, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos vir a ser ameaçado ou violado, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade e do Estado restabelecer o exercício do direito atingido, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso.

<sup>33</sup> Obra citada; p. 26/27

b) Desaparecem as ambigüidades, as vagas e imprecisas categorias de “risco”, “perigo moral ou material”, “circunstâncias especialmente difíceis”, “situação irregular”, etc.

c) **Estabelece-se que, quem se encontra em ‘situação irregular’, quando o direito da criança se encontra ameaçado ou violado, é alguém ou alguma instituição do mundo adulto (família, sociedade, Estado).**

(...)

h) **A idéia de Proteção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes: Não se trata, como no modelo anterior, de proteger a pessoa da criança ou do adolescente, do ‘menor’, mas sim de garantir os direitos de todas as crianças e adolescentes.**

i) **Este conceito de proteção resulta no reconhecimento e promoção de direitos, sem violá-los nem restringi-los.** (grifos nossos)

Em suma, sob essa nova ótica da Doutrina da Proteção Integral, o Estado deixa de atuar como “tutor de menores”<sup>34</sup>, para atuar como “tutor de direitos”, posição pela qual ele, por seus agentes, deixa de intervir no exercício dos direitos postos às crianças e adolescentes e **passa a criar possibilidades para que referido exercício se dê.**

Ou seja, em vez de privar o “menor incapaz”, “em situação de risco” ou “em situação irregular” do exercício de seus direitos “para protegê-lo”, o Estado, por força dos novos dispositivos constitucionais e legais, deve adotar **postura positiva** de criar meios para que a criança e o adolescente, na qualidade de pessoas em desenvolvimento, consigam exercer todos os direitos fundamentais.

Reflete bem este modo positivo de atuar do Estado para zelar pela promoção dos direitos das crianças e adolescentes o artigo 16 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil por meio do Decreto 99.710/90, que determina:

Art. 16.

1. **Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.**

2. **A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.** (grifos nossos)

Também o ECA, ao regular o exercício da liberdade individual da criança e adolescente, aponta a necessidade de o Estado respeitar e fazer respeitar, nos limites da lei, os direitos individuais dessas pessoas:

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. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - **ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais.** (grifos nossos)

Reforçando ainda mais a concepção de que a criança e o adolescente são pessoas dotadas de todos os direitos inerentes à condição humana, não podendo sofrer restrições nesses direitos que não partam exclusivamente da constituição e da lei, o ECA extingue a figura do “juiz de menores” dotado de gama ilimitada de poderes, **traçando o perfil do “juiz da infância e juventude”, que atua para promover os direitos desta parcela da sociedade, respeitando tais direitos, dentro dos limites legalmente fixados para sua atuação.**

Nesse sentido, é oportuno trazer a colação o disposto no artigo 149 do ECA, em especial o seu parágrafo segundo, o qual deixa expressa a existências de limites rigorosos à atuação judicial sobre os direitos das crianças e adolescentes:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de freqüência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º **As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.** (grifos nossos)

Como se vê, frente à evolução jurídico-constitucional brasileira quanto aos direitos das crianças e adolescentes, não cabe mais ao Estado, **por qualquer um de seus poderes**, sob o escudo da “intenção protecionista”, intervir de forma limitadora (e simplista) na gama destes direitos, **devendo**, sim, buscar, **com os mecanismos legalmente elencados**, criar meios para sua integral promoção.

<sup>34</sup> SEDA, Edson. A criança e o afamado toque de cidadania. Disponível em: <www.edsonседа.com.br>.

Assim, por força constitucional e legal, por exemplo, se um agente do Estado sabe:

a) que há venda/uso de drogas em um determinado ponto da cidade, no qual crianças e adolescentes circulam, ele deve informar o Ministério Público e a força policial para que reprima o tráfico de drogas;

b) que há prostíbulo em um determinado ponto da cidade, no qual crianças e adolescentes circulam, ele deve informar o Ministério Público<sup>35</sup> e a força policial para que feche a indigitada casa;

c) que há venda ou entrega gratuita de álcool a crianças e adolescentes, ele deve mobilizar a fiscalização municipal, o Ministério Público e a força policial para que impeçam tal prática, multem ou fechem o estabelecimento, e apliquem a punição penal cabível ao adulto responsável pela entrega/venda<sup>36</sup> de álcool;

d) que há, na cidade como um todo, má instrução dos pais a respeito dos cuidados para com seus filhos crianças e adolescentes, ele deve provocar o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para que institua, nas entidades de atendimento, programa municipal em regime de orientação e apoio sociofamiliar (CF, art. 30 e 203, inciso I; c.c. ECA, art. 90, inciso I);

e) que há abandono moral ou intelectual de uma determinada criança ou adolescente por seus pais ou responsáveis, não obstante o apoio e a orientação sociofamiliar, ele deve promover a respectiva responsabilização criminal dos genitores, com a correspondente instauração de processo contraditório para a destituição do poder familiar e colocação da criança e adolescente em família substituta (CP, art. 244 e 245; c.c. CC, art. 1635 e seguintes; c.c. ECA, art. 22 e seguintes); etc.

Enfim, o agente estatal, em situações como as acima exemplificadas, deve buscar tomar medidas que promovam os direitos da criança e do adolescente, e não, ao contrário, privá-los de sua liberdade por meio de medidas que, ilegalmente, determinem seu recolhimento forçado, até porque, tal atitude configura crime, nos moldes do artigo 230 do ECA, in verbis:

Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Este é o quadro jurídico-constitucional que regula os direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil na atualidade.

<sup>35</sup> ECA – “Art. 220 – Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto de ação civil, e indicando-lhe os elementos de convicção.” / “Art. 221 – Se, no exercício de suas funções, os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.”

<sup>36</sup> ECA – “Art. 243 – Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.”

## 2.2 – DO CONSTRANGIMENTO INDEVIDO À LIBERDADE PELAS PORTARIAS QUE INSTITUEM O TOQUE DE RECOLHER

Vigorando no Brasil a Doutrina da Proteção Integral, nos moldes acima explicitados, é fácil concluir que as portarias judiciais, ao editarem o chamado “toque de recolher” para as crianças e adolescentes que se encontrem nos limites da comarca, constroem indevidamente a liberdade de tais pessoas, sendo de rigor a concessão da ordem de habeas corpus coletivo. Senão, vejamos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, e inciso II, determina que:

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:

(...)

II - **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.** (grifos nossos)

Disto se tem que, sendo as crianças e os adolescentes titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à condição humana, eles não podem ser privados de qualquer parcela de sua liberdade individual, sendo obrigados a fazer ou deixar de fazer algo, por ato diverso da lei.

Nesse passo, **não sendo a portaria jurisdicional que veicula o toque de recolher lei**, inegável que, já em face do princípio da legalidade, tal portaria padece de flagrante inconstitucionalidade.

Quanto ao tema, é irretocável a lição do Procurador Federal e membro da Comissão Redatora do Estatuto da Criança e do Adolescente Edson Sêda, exposta em seu artigo “A Criança e o Afamado Toque De Cidadania” (publicado no site [www.edsonseda.com.br](http://www.edsonseda.com.br)), página 5:

Por outro lado, leitor, em muitos municípios, cidadãos e mesmo autoridades locais ou membros de conselhos de participação querem que o juiz da infância e da juventude emita portaria, regulamentando, localmente, o toque de recolher. **Notar que portaria de juiz não é lei e, portanto, juiz algum pode restringir a liberdade, seja de idosos, de adultos, de adolescentes ou de crianças.**

A lei maior do país (a Constituição), e a lei ordinária, garantem, legalmente, o exercício da cidadania representado pela liberdade. (grifos nossos)

Mas a inconstitucionalidade da indigitada portaria não se resume a ofensa ao princípio da legalidade. Ela fere, também, a própria ideia de **livre circulação pública no território nacional**:

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:

(...)

XV – **é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;**

(...)

LIV – **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;**

(...)

LXI – **ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;" (grifos nossos)

Art. 227 – 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 à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifos nossos)

Ora, segundo tais dispositivos constitucionais, nenhuma criança ou adolescente pode ser privado de sua liberdade de locomoção no território nacional, a menos que seja flagrado cometendo ato infracional ou que, por conta da prática de ato infracional, tenha sua apreensão determinada por ordem judicial fundamentada e emanada em processo judicial regular.

Outra não é a garantia emanada pelo ECA:

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.(grifos nossos)

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - **ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;** (grifos nossos)

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 106. **Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.**(grifos nossos)

Destarte, como a portaria que veicula o toque de recolher determina o recolhimento de crianças e adolescentes independentemente da prática, por eles, de ato infracional, tal portaria, também por este ponto de análise, se mostra inconstitucional e ilegal.

Mas uma vez é precisa a lição de Edson Sêda<sup>37</sup>, que, ao comentar o direito de liberdade das crianças e adolescente, assevera:

Notar, leitor, que a norma é clara, no Ordenamento de Cidadania do Brasil: Crianças e adolescentes devem ser orientadas e apoiadas (em programa especializado executado em cada município, para o direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, **ressalvadas as restrições legais.**

O programa em regime de orientação e apoio vai orientar, apoiar e ensinar, que crianças e adolescentes não podem praticar atos ilícitos que causem danos a terceiros e ao bem comum). *Essas providências positivas (usando a linguagem moderna, essas providências pró-ativas) é que devem ser adotadas em lugar de negativas restrições fixadas por portaria judicial ou por eventuais e inconstitucionais leis municipais.*

(...)

**Tais restrições legais (tais abusos), nos quais crianças e adolescentes não podem incidir, são as práticas de contravenções, de crimes e de ilícitos civis ou administrativos em geral, para os quais existem correspondentes punições para adolescentes, adultos e idosos, e medidas de proteção para crianças, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

Não há, portanto, nos termos da lei brasileira, hipótese de impunidade para ninguém. Orientação e apoio, leitor, através de profissionais especializados (psicólogos, pedagogos, assistentes sociais, advogados), com afamado toque de cidadania e não, de forma alguma, através de infame toque de recolher. (grifos nossos)

Além de afrontar o princípio da legalidade e o direito à livre locomoção, **a famigerada portaria afronta o direito da criança e do adolescente não ter sua vida privada interferida arbitrariamente pelo Estado, além do direito de os pais dirigirem a criação e educação de seus filhos de acordo com seus princípios morais e sociais**, direitos esses que são expressos na Constituição Federal, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90) e no Código Civil Brasileiro da seguinte forma:

#### **CF/88:**

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:

(...)

X – **são invioláveis a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>37</sup> Obra citada. p. 8 e 12

Art. 229 – **Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (grifos nossos)

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90):

Art. 16.

1. **Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.**

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados. (grifos nossos)

CC:

Art. 1513 – **É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão da vida instituída pela família.**

Art. 1.634. **Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:**

I - **dirigir-lhes a criação e educação.** (grifos nossos)

Outra inconstitucionalidade e ilegalidade existente em portaria que edita toque de recolher, diz respeito à vedação à discriminação (CF, art. 5º, caput, e art. 227; ECA, art. 5º).

Isso porque a portaria em questão institui, em relação às crianças e adolescentes atingidos, tratamento diverso àquele conferido às crianças e adolescentes de outras localidades (e mesmo aos próprios adultos), **sem ter, para tanto, um critério de discrimen juridicamente válido.**

Analisando justamente a impossibilidade jurídica da discriminação por motivo não constitucionalmente elencado, é salutar o comentário de André Ramos Tavares:

A desigualdade tem de estar em relação direta com a diferença observada. Não se pode tratar diversamente em função de qualquer diferença observada. Do contrário, todos os tratamentos discriminatórios estariam, em última instância, legitimados, já que claro está que todos se diferenciam uns dos outros. Além disso, exige-se que essa relação de pertinência a ser assim estabelecida não viole algum preceito constitucional. Portanto, em outras palavras, pode-se afirmar que o princípio da isonomia proíbe a arbitrariedade. (TAVARES, 2007, p. 528)

Em complemento, vale trazer mais uma vez o texto de Edson Sêda<sup>38</sup> :

**Lei federal, e leis estaduais, municipais, ou portarias de Juizes não podem impor restrição, a crianças e adolescentes, em relação aos direitos que, nos termos do artigo terceiro do Estatuto, não podem ser restringidos para adultos e idosos.** Não podem discriminar crianças e adolescentes, no exercício das liberdades fundamentais. Veja, leitor, outra vez, o princípio da não-discriminação no artigo 227 da Constituição de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado<sup>39</sup> 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O ser humano só aprende a liberdade vivendo, compartilhando **a liberdade e aprendendo os valores essenciais do respeito ao próximo. Os profissionais do programa municipal em regime de orientação e apoio sócio-familiar devem trabalhar intensamente, apoiando, orientando e ensinando às comunidades que criança aprende a falar, falando. A andar, andando. A nadar, nadando. A respeitar, respeitando. A praticar o uso liberdade (não o abuso da liberdade), exercendo o uso da liberdade (não o abuso da liberdade).** (grifos nossos)

É preciso ressaltar, outrossim, que a portaria judicial que veicula toque de recolher, ao regular de maneira geral e abstrata a permanência de crianças e adolescentes em logradouros públicos da comarca, vilipendiou mandamento expresso contido no artigo 149 do ECA, in verbis:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º **As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.** (grifos nossos)

Salta aos olhos que o artigo 149 do ECA permite ao juiz da infância e juventude regular por portaria ou alvará a participação de crianças e adolescentes **apenas**

<sup>38</sup> Obra citada. p. 6

<sup>39</sup> Dever da família quer dizer dever dos membros da família. Os membros da família são os idosos, os adultos, os adolescentes e as crianças. Dever da sociedade e do Estado são os deveres dos membros da sociedade e do Estado, que são os idosos, os adultos, os adolescentes e as crianças.

**e exclusivamente** quanto aos eventos que enumera, **não cabendo qualquer interpretação ampliada das hipóteses previstas, haja vista que o artigo traz verdadeira exceção ao princípio da legalidade, ao poder-familiar e, até mesmo, ao princípio da separação de poderes.**

Ademais, mesmo quanto aos casos previstos no seu bojo, o artigo 149 do ECA é incisivo ao comandar que as portarias ou alvarás deverão regular os casos concretos e específicos levados ao juiz, sendo **“vedadas as determinações de caráter geral”**.

Ou seja, o artigo 149 do ECA, proíbe as portarias editadas relativamente a situações não previstas em seu bojo, bem como as portarias de caráter geral, porque revogou o poder normativo conferido aos vetustos “juizes de menores”. Nesse sentido, veja os ensinamentos de Antônio Fernando do Amaral Filho, trazidos na obra coletiva Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais, coordenada por Munir Cury (Editora Malheiros, 10ª edição, p. 736):

Não mais se cogita do antigo poder normativo.

Houve coerência e juridicidade ao se extinguir o poder normativo do art.8º do Código de Menores.

**Não é do Judiciário ditar normas de caráter geral, mas decidir, no caso concreto, a aplicação do Direito objetivo.**

**Juiz não é legislador, não elabora normas de comportamento social. Juiz atua frente às regras de conduta da vida social. Essas geralmente decorrem do processo legislativo, reservado pela Constituição à outra órbita.** (grifos nossos)

Reforça o entendimento esposado acima, a brilhante nota divulgada pelo **Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado de Minas Gerais (CAO-IJ/MG)**, que, após ressaltar a ineficácia e as diversas inconstitucionalidades das portarias em tela, analisa a sua vedação pelo artigo 149 do ECA:

O referido artigo, por tratar-se de **exceção ao poder-familiar e à própria tripartição de poderes – que impediria o Juiz de legislar fixando normas de caráter abstrato e genérico – deveria ser interpretado de maneira restritiva, não podendo haver interpretação extensiva de forma a atingir a liberdade de crianças e adolescentes em outras hipóteses que não as previstas expressamente neste dispositivo.**

O artigo citado prevê apenas restrições de entrada e permanência em certos locais e estabelecimentos, limitações que devem ser fundamentadas, caso a caso, de forma individualizada, **restando vedadas determinações de caráter geral, como o ‘toque de recolher’.**

Neste sentido, a autoridade judiciária não pode mais expedir portarias sem limites ou restrições, sujeita apenas ao seu prudente arbítrio, como previsto antigamente no Código de Menores. A expedição de portarias judiciais está claramente restrita às hipóteses elencadas no art. 149 do ECA. (grifos nossos)

Desta feita, também sob esse ângulo de análise, verifica-se a ilegalidade da portaria judicial que veicula toque de recolher, ante ao fato de ela ter emitido norma

de caráter geral sob a permanência de crianças e adolescentes nas ruas da comarca, o que é expressamente proibido pelo artigo 149 do ECA.

Ademais, observa-se que ao determinar o recolhimento, por **força policial**, de crianças e adolescentes do **local público em que se encontrem**, independentemente da prática de ato infracional, a portaria judicial da espécie infringe outra proibição legal constante do ECA, qual seja, a de não exposição de crianças e adolescentes a constrangimento desnecessário: “Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, a vexame ou a constrangimento. Pena: detenção de seis meses a dois anos.”

Veja-se, de novo, a manifestação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado de Minas Gerais (CAO-IJ/MG): “O procedimento imposto pelo ‘toque de recolher’ submete crianças e adolescentes a constrangimento desnecessário, prática expressamente vedada pelo art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.”

Mais uma vez, agora sob a ótica da proibição veiculada pelo artigo 232 do ECA, é forçosa a conclusão pela ilegalidade de portaria que veicula toque de recolher.

Ressalte-se, por oportuno, que as diversas inconstitucionalidades e ilegalidades elencadas acima quanto às portarias que veiculam toque de recolher, já foram apontadas pelas mais diversas esferas. Destacam-se abaixo, ilustrativamente, excertos das manifestações do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA), do Conselho Estadual dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONDECA) e do Excelentíssimo Senhor Doutor Conselheiro do CNJ, Jorge Hélio Chaves de Oliveira sobre o tema:

Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes - CONANDA (...)

3) O procedimento contraria a Doutrina da Proteção Integral, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em vigor no Brasil por meio da Lei 8.069 de 1990 (ECA) e a própria Constituição Federal Brasileira, tendo em vista a violação do direito à liberdade. A apreensão de crianças e adolescentes está em desconformidade com os requisitos legais por submeter crianças e adolescentes a constrangimento, vexame e humilhação (arts. 5 e 227 da CF e arts. 4, 15, 16, 106, 230 e 232 do ECA). **Volta-se a época em que crianças e adolescentes eram tratados como “objetos de intervenção do estado” e não como “sujeitos de direitos”. A medida significa um retrocesso, tendo em vista que nos remete à Doutrina da Situação Irregular do revogado Código de Menores e a procedimentos abusivos como a “Carrocinha de Menores” e outras atuações meramente repressivas executadas por Comissariados e Juizados de Menores.**

(...)

5) Não se verifica o mesmo empenho das autoridades envolvidas na decretação da medida aludida em suscitar a responsabilidade da Família, do Estado e da Sociedade em garantir os direitos da criança e do adolescente, conforme dispõe o ECA. Inclusive, a própria legislação brasileira já prevê a responsabilização de pais que não cumprem seus deveres, assim como dos agentes públicos e da própria sociedade em geral. No mesmo sentido, por

que as autoridades envolvidas no Toque de Recolher não buscam punir os comerciantes que fornecem bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes ou que franqueiam a entrada de adolescentes em casas noturnas ou de jogos, ou qualquer adulto que explore crianças e adolescentes?

6) Nenhuma criança ou adolescente deve ficar em situação de abandono nas ruas, em horário nenhum, não só durante as noites. **Para casos como esses, assim como para outras situações de risco, o ECA prevê medidas de proteção (arts. 98 e 101) para crianças, e adolescentes e medidas pertinentes aos pais ou responsáveis (art. 129):**

(...)

9) O procedimento do Toque de Recolher **contraria o direito à convivência familiar e comunitária, restringindo direitos também de adolescentes que, por exemplo, estudam à noite, frequentam clubes, cursos, casas de amigos e festas comunitárias:**

10) Conforme os motivos acima elencados, o Toque de Recolher contraria o ECA e a Constituição Federal. **É uma medida paliativa e ilusória, que objetiva esconder os problemas no lugar de resolvê-los.** As medidas e programas de acolhimento, atendimento e proteção integral estão previstas no ECA, sendo necessário que o Poder Executivo implemente os programas; que o Judiciário obrigue a implantação e monitore a execução e que o Legislativo garanta orçamentos e fiscalize a gestão, em inteiro cumprimento às competências e atribuições inerentes aos citados Poderes. (grifos nossos)

#### **Conselho Estadual dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes - CON-DECA**

(...)

A partir das falas dos Ilustres Juízes e Promotores de Justiça, bem como as intervenções feitas por parte da sociedade civil, e, ainda, das fundamentações encontradas nos documentos judiciais que versam sobre a questão, constatamos que os argumentos que justificam a medida de proibição de circulação de crianças e adolescentes no período noturno nas cidades são os seguintes:

- a) Aumento do tráfico de drogas;
- b) Aumento do uso de drogas;
- c) As trágicas conseqüências do vício em droga para o adolescente e sua família;
- d) O aumento de roubos e furtos provocados por adolescentes antes da medida, e a diminuição da criminalidade posteriormente;
- e) A exposição constante dos adolescentes ao uso de bebida alcoólica;
- f) A necessidade de maior convívio entre as crianças e adolescentes e o ambiente familiar;
- g) A necessidade da criança e adolescente dormirem cedo para poderem dar conta das suas atividades escolares diárias;
- h) A impotência das mães e pais de famílias em garantir a disciplina necessária ao bom desenvolvimento dos seus filhos, e a alta demanda desses pais aos Conselhos Municipais e às escolas para que lhes auxiliem a controlar ou fazer-lhes respeitar por seus filhos;
- i) por fim, que essa medida viria de encontro aos interesses das crianças e dos adolescentes, uma vez que assim estaríamos os protegendo de situações de riscos, às quais estariam submetidos em razão da condição vulnerável de ser criança ou adolescente, e/ou, nas quais poderiam estar envolvidos por más escolhas que viriam danificá-los futuramente.

**É de salientar que apesar de ter sido levantado o questionamento sobre números estatísticos que fundamentariam os argumentos apresentados, verificou-se que esses números não existem, ou não são de conhecimento daqueles que traziam o argumento.** A maioria deles gerou em torno da ameaça de um perigo não precisamente conhecido e, além disso, da necessidade e ações preventivas a uma possível escolha pela delinquência ou, em outras palavras, por condutas que infringiriam a lei por parte da criança e do adolescente.

#### **ANÁLISE SOBRE A MEDIDA E SUAS JUSTIFICATIVAS**

Contudo, se analisarmos os argumentos, verifica-se o seguinte:

Os itens “a”, “b”, “c” e “d” trazem questões que realmente são de extrema importância serem alteradas, no entanto, são todas relacionadas estritamente à matéria de Segurança Pública, que compete ao Poder Executivo. **A devida posição dos Meritíssimos Juízes, Promotores de Justiça e outros profissionais comprometidos e preocupados com essas questões seria a de cobrar as responsabilidades do poder executivo e mais especificamente daqueles responsáveis pela garantia da segurança pública. Não fazer ao contrário, esvaziar o espaço público para que este espaço se torne mais seguro.**

Com relação a esse aspecto, é mister ressaltar que a conquista democrática em nosso país – ainda em construção desde a época do ato de proclamação da independência da nação – não foi e não é tarefa fácil. Foi pela garantia de um espaço público saudável que muitos cidadãos brasileiros enfrentaram a ditadura, momentos difíceis de tortura e assassinatos. E, considerando esses fatos, a medida chamada de “Toque de recolher (ou acolher)” representa um retrocesso nesse processo histórico.

Os fundamentos como “manter a disciplina e a ordem”, como explicitado no item “g”, junto àqueles que trazem à baila o medo dos cidadãos diante de perigos – que analisados de forma abstrata e não realista – tornam-se monstros cujos problemas e soluções ficam no plano do ilusório, como nos mostram os itens “h” e “i”, são bastante semelhantes aos utilizados na história da humanidade para a prática das ações mais desumanas, autoritárias e violentas.

Esses argumentos não estão “fora de moda”. São utilizados ainda em atividades. Por isso, devemos estar sempre atentos ao analisar o caráter ilusório da pretensão de promoção de segurança das diversas medidas institucionais que, em realidade, podem configurar-se atos que violam direitos e, assim, ameaçando as garantias do sistema democrático, produzem um estado de insegurança a toda população.

**Com efeito, não podemos esquecer que o espaço público e o acesso a tudo aquilo que ele proporciona ao cidadão é de importância similar a algo “sagrado” para o sistema democrático. É ele que promove as oportunidades de desenvolvimento dos indivíduos que podem por meio dele experimentar e dialogar com a cultura em que se vive, estabelecer relações, participar, se reconhecer, aprender e ensinar, intervir, produzir, enfim, se desenvolver materialmente, espiritualmente e intelectualmente.**

Esses são direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), na Constituição Federal e, mais especificamente, no Estatuto da Criança e Adolescente, em seus artigos. 3º, 15 e 59.

Nesse sentido, o Estado tem como função a criação e manutenção das condições adequadas ao convívio social nesses espaços públicos, principalmente para que as crianças e os adolescentes possam transitar e se desenvolver

neles. Não ao contrário, esvaziá-los e encaminhar as crianças e adolescentes para as casa, para que tenham assim, como alternativa social, somente o mundo virtual.

É de considerar que, com relação ao item “e”, consiste parte dessa atividade Estatal assegurar que os produtores de bebidas alcoólicas, vendedores e revendedores não venham prejudicar as crianças e os adolescentes, conforme artigo 81 II do ECA. Por isso, as ações do poder judiciário e executivo são fundamentais no sentido de retirar de circulação as pessoas que praticam essa atividade, ainda que venham ser reduzidos seus lucros; e, não ao contrário, retirar do espaço público as crianças e os adolescentes, prejudicando-lhes em seu desenvolvimento, como medida para que os vendedores de bebidas e drogas não venham a atingi-los. (grifos nossos)

#### **VOTO CONSELHEIRO JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA**

(...)

#### **VOTO**

Não obstante reconhecer as excelentes intenções do Juízo requerido, a Portaria aqui analisada, nos moldes em que editada, atenta contra qualquer sorte de razoabilidade, reduz a menos o princípio da legalidade e extrapola os limites delineados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990).

É certo que o magistrado pode, mediante portaria ou alvará, e quando requerer o caso, disciplinar situações previstas no artigo 149 do ECA. **Contudo, a portaria deverá se referir à situações concretas e específicas, não podendo, em qualquer hipótese, ser dotada de caráter geral e abstrato.**

**Não se pode permitir que ao magistrado, ser humano também acometido de influências sociais, convicções religiosas, familiares, seja conferida competência legislativa para que edite, descontroladamente, atos dessa magnitude, sem qualquer proporcionalidade ou razoabilidade, re-gulamentando o direito de ir e vir das crianças e adolescentes.** Resalte-se que nosso País possui mais de cinco mil Municípios e diversas das situações apontadas na Portaria têm previsão legal.

Observe-se que o próprio Estatuto, em seu §2º do artigo 149 estabelece que “as medidas adotadas na conformidade deste artigo **deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral**”. (grifamos)

Ademais, além de todos os excessos praticados pelo magistrado, usurpando, inclusive, competência privativa da União para legislar sobre direito civil, penal, comercial processual (artigo 22 da CF/88), as determinações de caráter geral estabelecidas pela Portaria ainda ofendem os artigos 5º, II [15]; 227, §§3º e 4º e 229, todos da Carta Constitucional, além do artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo teor abaixo se transcreve:

(...) (grifos nossos)

Desta sorte, frente a tudo que acima foi exposto, verifica-se que as portarias que editam toque de recolher, por todos os pontos de análise, são inconstitucionais e ilegais, veiculando constrangimento indevido às crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que transitoriamente, nos limites territoriais das comarcas atingidas, pelo que deve ser concedida a ordem de habeas corpus coletivo, a fim de que seja restabelecida a integral liberdade de locomoção destas pessoas.

## **FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA**

Com a adoção da tese institucional sugerida, a Defensoria Pública combaterá de modo estratégico, célere e efetivo, o cerceamento indevido do direito à livre locomoção de crianças e adolescentes por meio de portarias judiciais que veiculam os chamados toques de recolher.

Isso garante maior agilidade na tutela do direito constitucional das crianças e adolescentes defendidos, bem como redução do número de demandas a serem propostas pelos Defensores Públicos, em clara atenção aos princípios da economia e da celeridade processual.

## **SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO**

Impetração, pelos Defensores Públicos, de habeas corpus coletivo, com base na fundamentação acima explicitada, no qual se pedirá:

a) liminarmente, a imediata suspensão da eficácia da portaria judicial combatida, restabelecendo-se/resguardando-se o direito de livre locomoção das crianças e adolescentes atingidos, até o final julgamento do writ; e

b) no mérito, a confirmação da medida liminar anteriormente deferida, bem como a concessão da ordem para fim de que, declarando-se a inconstitucionalidade e ilegalidade da portaria judicial combatida, seja restabelecido o integral direito de locomoção de todas as crianças e adolescentes que, ainda que transitoriamente, se encontrem dentro dos limites territoriais da comarca.

# **A ESPÉCIE NORMATIVA DA EXCEPCIONALIDADE: PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO**

---

**Ruy Freire Ribeiro Neto**

Defensor Público do Estado de São Paulo

**Douglas Dos Santos Vieira**

Estagiário da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

## **INTRODUÇÃO**

O trabalho aborda a problemática da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação. O interesse pela determinação do tema se justifica diante do enraizamento na jurisprudência, principalmente na dos tribunais de justiça, e, propriamente, na doutrina em relação aos fundamentos defendidos pelo código de menores, descaracterizando os avanços e a transformação proporcionada pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aproximando-se mais de um juízo valorativo dirigido aos maiores de dezoito anos. Tal desvio tem como resultante a discordância quanto à superação da situação irregular pela proteção integral e à transgressão de direitos constitucionalmente previstos. Daí a necessidade do questionamento destes fatores que, a contrario sensu, estão sedimentados.

A partir da compreensão da dissensão entre a sistemática orientadora da jurisprudência da justiça da infância e juventude que vezes opta por uma decisão com forte conotação repressiva e outras vezes em menor número toma decisões orientadas pela proteção integral, o trabalho pretende levantar argumentos coerentes e satisfatórios para contribuir com tal discussão. Por isto, necessário abordar a espécie normativa da excepcionalidade na teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, com a finalidade de sistematizar os fundamentos para a proteção de direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição.

## **1. OS PARADIGMAS DA SITUAÇÃO IRREGULAR E DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

A previsão constitucional e posteriormente legal da proteção integral no Brasil é derivada e baseada na convenção sobre os direitos da criança<sup>41</sup>, adotada pela resolução L.44 (XLIV) da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> GARCEZ, Sergio Matheus. O novo direito da criança e do adolescente. Campinas: E.V., 1994, p. 51.

<sup>42</sup> WEIS, Carlos Weis. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 88.

Em sua essência está a necessidade de garantir às crianças e aos adolescentes os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como forma de lhes assegurar desenvolvimento em seus vários segmentos em condições de liberdade e dignidade.

A elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente assentou o que a constituição já previra: a absorção da doutrina da proteção integral ao ordenamento jurídico brasileiro. Ainda assim, por critérios teóricos, essa lei marcou definitivamente a superação da situação irregular. Essa modificação orientou todo o estatuto, porém, pela delimitação temática do trabalho, as observações feitas se restringem às medidas socioeducativas.

A situação irregular é marcada por dois momentos denominados etapas tutelares, iniciando-se com o código Mello Mattos, ao qual não se atribuía à criança e ao adolescente uma responsabilidade penal derivada do livre-arbítrio, mas por circunstâncias que excediam seu próprio domínio, motivo pelo qual deveriam ser aplicadas medidas de caráter distinto das penas, que visassem o sujeito, ao contrário da legislação que a procedeu, em que crianças e adolescentes não eram diferenciados dos adultos em relação à aplicação de penas. À aceitação do código não havia distinção entre o menor abandonado e o delinquente para aplicação de medidas, sob o pretexto de uma suposta proteção, juizes determinavam a institucionalização de jovens em hospitais, asilos, orfanatos, dentre outros.<sup>43</sup>

Apesar de manter uma concepção tutelar, o código de menores substituiu o código Mello Mattos, sem profundas alterações. A condição preconizada ao adolescente pelo código de menores sequer o reconhecia como sujeito de direitos<sup>44</sup>. Estava densificado o entendimento de que a inclinação à criminalidade se dava puramente pelo desvio individual, pela própria opção do jovem à delinquência. Este entendimento se constituía pelo falso pressuposto de que a todos se ofereciam iguais oportunidades de ascensão social, nada mais característico do que um profuso desprezo a toda marginalidade social pela qual estava e está submetida significativa parcela das crianças e dos adolescentes, bem como uma tentativa de preservar de críticas a estrutura da desigualdade social operante no Brasil.

A partir dessas definições, o caráter apregoado à criança e ao adolescente de pessoa em desenvolvimento pelo ECA fez com que a finalidade das medidas socioeducativas abandonasse seu viés meramente punitivo<sup>45</sup>, passando a se compor

<sup>43</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38 e 40.

<sup>44</sup> CURY, Munir Cury (coord). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 9 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 402.

<sup>45</sup> "Neste ponto, interessante a definição de Kenji Ishida: "Pode-se dizer que existem duas vertentes [dentro do direito da infância e juventude para explicar a sua finalidade e parâmetro]: a do direito penal juvenil e a do direito infracional. Para o direito penal juvenil, além do caráter pedagógico da medida socioeducativa, haveria nitidamente na sua execução, um verdadeiro caráter retributivo. Assim, a extensão das garantias penais e processuais penais asseguraria uma isonomia entre o réu maior de 18 anos e o adolescente infrator. (...) Contraoendo-se a essa corrente, pode-se falar em outra denominada doutrina do direito infracional. A mesma mantém o purismo da medida socioeducativa, considerando-a essencialmente como medida educativo-pedagógica." (ISHIDA, Valter Kenj. Estatuto da criança e do adolescente: Doutrina e jurisprudência. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 189)

de uma intervenção no processo de desenvolvimento do jovem, como mecanismo para propiciar-lhe melhor compreensão da realidade e efetiva integração social.

Por um discernimento lógico, com a modificação dos objetivos da medida socioeducativa, o critério para a aferição da sua aplicação foi também alterado. A aplicação das medidas socioeducativas passa a não ter somente relação com o fato infracional praticado pelo adolescente, caso contrário as medidas perderiam correspondência com a sua finalidade.

## 2. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Tanto a constituição quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente limitaram a aplicação da internação, a medida privativa de liberdade, entendida como a mais grave, por isto, norteadas pelo respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, pela excepcionalidade, objeto do trabalho, e pela brevidade. Ainda que a brevidade seja de grande importância para a aplicação da medida, por razões de delimitação do tema, não se fará neste trabalho pontuações a ela relacionadas.

Em uma simples caracterização, a aplicação da medida socioeducativa de internação, conforme estabelecido no artigo 122 e artigos seguintes do ECA, apenas ocorrerá se se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outros atos infracionais graves ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. A internação é cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, a qual é dividida por critérios de idade, compleição física e gravidade do ato infracional. A internação consiste na privação de liberdade do adolescente e é aplicada por prazo indeterminado, devendo o jovem ser submetido a reavaliação pelo corpo técnico da entidade no máximo a cada seis meses, desta forma, a manutenção do adolescente na medida apenas decorrerá de decisão fundamentada pela autoridade judicial. O período máximo de internação, em quaisquer hipóteses, não poderá exceder três anos. Caso seja atingido tal prazo, o adolescente será posto em medida de semiliberdade ou liberdade assistida. Na hipótese do jovem completar 21 anos, a liberação será compulsória.

## 3. A EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO E NO ECA

O artigo 227, §3º, inciso V, da Constituição expressa que dentre os aspectos abrangidos pela proteção especial está a "obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade". Seguindo a mesma orientação, o ECA em seu artigo 121, caput, dispõe: "A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento." Por fim, o artigo 122, §2º,

descreve que “[e]m nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

#### 4. A medida socioeducativa de internação nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Embora escassas, há decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que se orientam pela excepcionalidade da aplicação da medida de internação. Todavia, grande parte ainda despreza tal fundamento. Obviamente que aqui não se fará uma larga exposição de decisões, mesmo porque a orientação jurisprudencial tende a ser sólida. Por isto a análise de determinados casos e a citação de outros julgados recentes.

As hipóteses previstas para a aplicação da medida socioeducativa são correntemente interpretadas de forma genérica, sem a utilização dos critérios qualitativos para a sua aferição. O emprego da internação passa a ser analisado por um julgamento mecânico, desvincilhando-se totalmente da necessidade da sua excepcionalidade. Na decisão referida avalia-se tão só a suposta gravidade do ato infracional, porém a sustentação para o argumento é apenas de conteúdo geral, sem mencionar qualquer especificidade que determine a inefetividade de medidas em meio aberto:

O ato infracional equiparado ao crime de roubo circunstanciado (art. 157, §2º, II, Código Penal) é evidentemente cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, o que, sem dúvida, perfaz a hipótese do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, assim, autoriza a aplicação da medida.<sup>46</sup>

O conteúdo arbitrário de tais decisões extrapola inclusive a própria previsão legal para justificar a internação. Em casos de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, mesmo que sem previsão legal, é comumente empregada a medida de internação: “Não obstante a gravidade desse comportamento do adolescente, equiparado a tráfico de drogas – e a apreensão se referiu a vinte e quatro invólucros contendo crack –, o que autoriza aplicação de medida socioeducativa de internação, é de consideração que o representado tem outras passagens pela Vara da Infância e da Juventude por idêntico ato infracional.”<sup>47</sup>

<sup>46</sup> “Infância e Juventude. Ato infracional equiparado a roubo em concurso de pessoas. Subtração de bens mediante simulação de arma de fogo. Art. 157, §2º, I I do Código Penal. Autoria e materialidade incontestáveis. Medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado que deve ser mantida. Ato infracional que se insere no art. 122, I, da Lei nº 8069/90. Recurso improvido.” TJ/SP. Apelação 994.08.011417-0. Órgão julgador: Câmara especial. Relator: Maia da Cunha. Data do julgamento: 03/05/2010. Tratando de forma genérica a gravidade, ainda há várias decisões: “Infância e Juventude. Ato infracional equiparado a roubo tentado com emprego de arma e em concurso de pessoas. Art. 157, §2º, I III, c.c art. 14, I I do Código Penal. Autoria e materialidade incontestáveis. Medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado que deve ser mantida. Ato infracional que se insere no art. 122, I, da Lei nº 8069/90. Recurso improvido.” (TJ/SP. Apelação 994.09.230678-7. Órgão Julgador: Câmara especial. Relator: Maia da Cunha. Data de julgamento: 26/04/2010)

<sup>47</sup> “Ato infracional equiparado ao previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006. Provas material e da autoria. Internação que se impõe. Desacolhimento ao alegado pela defesa. Recurso improvido.” (TJ/SP. Apelação nº 990.10.010296-6. TJ/SP. Órgão julgador: Câmara especial. Relator: Encinas Manfré. Data do julgamento: 10/05/2010.)

Nesta decisão, a simples menção a “passagens” na Vara da Infância e Juventude foi propícia para a aplicação da internação, sem sequer mencionar se estas “passagens” resultaram em representações, se foram julgadas procedentes ou tiveram o trânsito em julgado.

O mesmo artifício retórico se observa na seguinte decisão:

Tem-se que a infração praticada pelo menor é equiparada a crime hediondo, que põe em risco a saúde pública, a justificar a imposição da medida extrema, a qual, neste momento, melhor atende as suas necessidades e as da sociedade, não havendo como negar a violência na conduta, nos termos do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>48</sup>

Talvez a argumentação em que a carga arbitrária e a dissimulação à excepcionalidade seja mais evidente é a qual aproxima o tráfico de drogas como uma conduta que atinge de forma violenta a coletividade. É bastante explícito tais elementos no embasamento do acórdão mencionado:

Na verdade, respeitado o entendimento em contrário, como já asseverou a digna Procuradoria de Justiça, o tráfico de drogas é prática que pressupõe violência e grave ameaça à toda a coletividade, na medida em que vem disseminando o vício entre a população mais jovem e mais desprotegida da sociedade. Tanto é assim que o legislador, posteriormente à edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a classificar tal prática como crime hediondo. De outra parte, não é possível conceber que a internação somente está autorizada quando ocorre violência direta à pessoa, pois chegaríamos à absurda conclusão de que o legislador considerou o tráfico de drogas menos grave do que uma lesão corporal leve ou uma ameaça, e que esta medida estaria então autorizada nestes últimos casos. Não foi esse o espírito da lei. O legislador quis restringir estas medidas às infrações de gravidade evidente, situação na qual se enquadra perfeitamente a prática de tráfico de drogas.<sup>49</sup>

Em suma, para fundamentar a aplicação da internação, vale-se até mesmo de construções argumentativas que aproximam atos infracionais sem violência ou grave ameaça dos constituídos de extrema gravidade e violência à coletividade.

<sup>48</sup> “Habeas corpus impetrado contra sentença que aplicou medida socioeducativa de internação a menor pela prática de infração equiparada ao crime de tráfico de drogas- Conhecimento do ‘writ’ somente quanto a suposta ilegalidade, reelegando-se a reapreciação das provas para o recurso adequado.- Inexistência de ilegalidade na decisão que determinou sua internação.- Habeas corpus denegado.” (TJ/SP. HC 990.10.062007-0. Órgão julgador: Câmara especial. Relator: Barreto Fonseca. Data do julgamento: 09/08/2010.)

Na mesma linha de raciocínio das decisões mencionadas estão diversas outras do Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelações 990.10.010.533-7, 994.09.224372-7, 990.10.166394-5, 994.09.001814-7, 994.09.001814-7, 990.10.205761-5, 990.10.206039-0.

<sup>49</sup> TJ/SP. Habeas Corpus nº 184.562-0/8-00. Órgão julgador: Câmara Especial. Relator: Maria Olivia Alves. Data do julgamento 30/11/2009. Em sentido similar: “Apelação cível. Ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Insurgência ministerial quanto à medida socioeducativa aplicada ao adolescente. Necessidade da medida de internação no caso concreto. Ato infracional, que por constituir crime contra a saúde pública, reveste-se por sua natureza de grave ameaça ou violência à pessoa e, sobretudo, à coletividade, justificando a imposição da medida mais gravosa. Recurso provido.” TJ/SP. Apelação cível nº 174.278-0/3-0. Órgão julgador: Câmara Especial. Relator: Paulo Alcides. Data do julgamento: 18/05/2009.

## 5. O ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES COM O NARCOTRÁFICO

Diante do entendimento atual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da imposição de medida socioeducativa de internação a adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas, fazem-se necessárias algumas considerações a respeito dessa relação.

Anteriormente à menção ao tratado internacional, é necessária exposição a respeito do nível hierárquico das convenções da organização internacional do trabalho no direito brasileiro. Ainda que se possa discutir a classificação das convenções da OIT como tratados internacionais sobre direitos humanos – o que acarretaria no reconhecimento do seu nível de supralegalidade com a pretensão de evitar o prolongamento em tal questão, adota-se argumento já sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consistente na colocação destas convenções no patamar de lei ordinária<sup>50</sup>. Destarte, não há qualquer objeção ao reconhecimento das convenções da OIT como normas no mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias, circunstância que inviabiliza desprezo ao seu conteúdo, sob pretexto da hierarquia normativa.

O Decreto n.º 3.597 de 12 de setembro de 2000 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a convenção 182 e a recomendação 190 da OIT sobre a Proibição das piores formas de trabalho infantil e a Ação imediata para sua eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. A Conferência geral da organização internacional do trabalho levou em consideração a necessidade de adotar novos instrumentos para a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, exigindo uma ação imediata e abrangente que se concentre na importância da educação básica gratuita e na necessidade de liberar de todas essas formas de trabalho as crianças afetadas e assegurar a sua reabilitação e sua inserção social ao mesmo tempo em que são atendidas as necessidades de suas famílias. A conferência também sopesou como principal causa do trabalho infantil a pobreza, definindo como solução no longo prazo o crescimento econômico sustentado conducente ao progresso social, em particular à mitigação da pobreza e à educação universal.

<sup>50</sup> “A Convenção 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.” STF. ADI 1675 MC/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Tribunal pleno. Data do julgamento: 24/09/1997. “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.” STF. ADI 1480/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Tribunal pleno. Data do julgamento: 04/09/1997.

O artigo 3 da convenção 182 da OIT define as piores formas de trabalho infantil<sup>51</sup> e se refere ao narcotráfico da seguinte forma: “a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes”. Por sua vez, o artigo 7, 2, impõe a adoção de medidas por parte dos Estados que estabeleçam a eliminação do trabalho infantil:

Todo Membro deverá adotar, levando em consideração a importância para a eliminação de trabalho infantil, medidas eficazes e em prazo determinado, com o fim de: a) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil; b) prestar a assistência direta necessária e adequada para retirar as crianças das piores formas de trabalho infantil e assegurar sua reabilitação e inserção social; c) assegurar o acesso ao ensino básico gratuito e, quando for possível e adequado, à formação profissional a todas as crianças que tenham sido retiradas das piores formas de trabalho infantil; d) identificar as crianças que estejam particularmente expostas a riscos e entrar em contato direto com elas; e, e) levar em consideração a situação particular das meninas.

A recomendação 190 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação determina a implementação de programas de ação:

Os programas de ação mencionados no artigo 6<sup>52</sup> da Convenção deveriam ser elaborados e implementados em caráter de urgência, em consulta com as instituições governamentais competentes e as organizações de empregadores e de trabalhadores, levando em consideração as opiniões das crianças diretamente afetadas pelas piores formas de trabalho infantil, de suas famílias e, caso apropriado, de outros grupos interessados comprometidos com os objetivos da Convenção e da presente Recomendação. Os objetivos de tais programas deveriam ser, entre outros: a) identificar e denunciar as piores formas de trabalho infantil; b) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil ou retirá-las dessas formas de trabalho, protegê-las de represálias e garantir sua reabilitação e inserção social através de medidas que atendam a suas necessidades educacionais, físicas e psicológicas.

Por fim, a menção ao artigo 12 da recomendação 190 da OIT é necessária para classificar como crime a exploração às piores formas de trabalho infantil:

Os Membros deveriam adotar dispositivos com o fim de considerar atos delituosos as piores formas de trabalho infantil que são indicadas a seguir: c) a utilização, recrutamento ou oferta de criança para a realização de atividades

<sup>51</sup> Para os efeitos da Convenção, considera-se criança toda pessoa com menos de 18 anos, conforme o artigo 2. “Para efeitos da presente Convenção, o termo “criança” designa toda pessoa menor de 18 anos”. Dessa forma, planejada com a legislação ordinária brasileira, abrange crianças e adolescentes.

<sup>52</sup> Artigo 6. 1. Todo membro deverá elaborar e implementar programas de ação para eliminar, como medida prioritária, as piores formas de trabalho infantil; 2. Esses programas de ação deverão ser elaborados e implementados em consulta com as instituições governamentais competentes e as organizações de empregadores e de trabalhadores, levando em consideração as opiniões de outros grupos interessados, caso apropriado.

ilícitas, em particular para a produção e tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes, ou para a realização de atividades que impliquem o porte ou o uso ilegais de armas de fogo ou outras armas.

O discernimento formado a partir desta análise permite concluir que a ação estatal é ineficaz na medida em que se reduz a considerar o envolvimento de crianças e adolescentes com o narcotráfico apenas por um viés infracional, isentando-se de qualquer responsabilidade quanto ao combate e a eliminação das piores formas de trabalho infantil.

O envolvimento de crianças e adolescentes na produção e no tráfico de drogas foi objeto de um trabalho encomendado ao Instituto de estudos trabalho e sociedade (IETS), o qual aborda a situação de crianças – entendidas as pessoas com menos de 18 anos – comprometidas no narcotráfico, buscando reconhecer as razões que as levam a esta atividade. Neste trabalho, além da pobreza, três variáveis foram levantadas como as principais para o envolvimento de crianças e adolescentes no narcotráfico:

A situação legal de menor – menor de 18 anos de idade – foi a variável mais valorizada com fator explicativo para contratação das crianças. (...) Somente no crime as crianças menores de 18 anos têm oportunidades de “emprego” quase iguais, mesmo quando comparadas com adultos. O salário é definido mais pela ocupação do que pela idade, e a ascensão na hierarquia tem pouco a ver com os atributos cronológicos. O uso de menores na atividade mantém os custos mais baixos do que se adultos participassem em seu lugar, particularmente quando ocorrem prisões. (...) Outras duas variáveis são consideradas importantes na preferência pelas crianças. Estes são, em primeiro lugar, a irresponsabilidade à qual este grupo etário está propenso mesmo quando enfrentando a força policial e as gangues rivais e, em segundo lugar, sua obediência, executando quaisquer ordens dadas por superiores. (...) Da mesma forma, o desejo de pertencer à gangue e de ser altamente considerado por seus membros confere às crianças uma forte vontade de obedecer ordens e regras de seus superiores. Tendem a não questionar comandos, garantindo assim o negócio para gerentes e proprietários. É também importante salientar que as pessoas encarregadas de contratar os trabalhadores no tráfico são os gerentes de preço. Os proprietários e os gerentes gerais promovem empregados e determinam suas atribuições e ocupações. Crescer na organização não é determinado pela lógica burocrática, conforme proposto por Weber. A ação pessoal e a vontade dos superiores são as linhas definidoras para subir na hierarquia.<sup>53</sup>

A partir dessa contextualização, são evidentes as causas que levam a predileção dos agentes hierarquicamente superiores na estrutura do tráfico de drogas por crianças e adolescentes, sendo, portanto, perceptível o caráter de opressão pelo qual estão submetidos.

<sup>53</sup> SILVA, Jaílson de Souza; URANI, André (coord). Crianças no narcotráfico: um diagnóstico rápido. Brasília: Organização Internacional do Trabalho; Ministério do Trabalho e Emprego, 2000, p 65-66.

A atuação do Estado deveria dirigir-se não à transformação de adolescentes envolvidos no narcotráfico em bodes expiatórios, como os verdadeiros responsáveis pela violência e de todos os seus efeitos que atormentam os “cidadãos de bem”, mas à intervenção junto a eles, retirando-lhes da ocupação em atividades ilícitas, garantindo a sua inserção social por meio de mecanismos desenvolvidos para atender as suas necessidades educacionais, físicas e psicológicas.

Agregam-se às circunstâncias facilitadoras do ingresso de jovens no narcotráfico a falta de visibilidade e aspirações sociais em meio às oportunidades de emprego que lhes são oferecidas, as quais os permitem almejar tão somente a inserção no mercado de trabalho como mão-de-obra barata, com baixas remunerações e restrita expectativa de crescimento pessoal e econômico. Desta forma, o envolvimento com o comércio ilícito de drogas se demonstra aos jovens, pessoas ainda dotadas de pouca responsabilidade e personalidade em desenvolvimento, como alternativa às condicionantes sociais e econômicas que praticamente lhes são impostas.

Assim, conceituar adolescentes envolvidos com o narcotráfico como criminosos de extrema gravidade e periculosidade é partir de um pressuposto equivocado que enseja uma superestimação indevida de suas atividades e posição no mundo marginal. Tal juízo parece isentar de responsabilidade o Estado pelas condições degradantes às quais crianças e adolescentes estão submetidos em um contexto de marginalização e pobreza, aplicando-lhes o Estatuto da Criança e do Adolescente apenas no que concerne aos artigos correspondentes aos atos infracionais, desprezando toda a sistemática de direitos que lhes são constitucional e legalmente assegurados.

## 6. A EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Como se demonstrou na jurisprudência citada, a gravidade do ato infracional ou a existência de meras passagens anteriores na justiça da infância e juventude são consideradas como indicadores isolados para a aplicação da internação, mesmo com a constituição e a legislação especial classificando-a como adequada somente em casos extremos, de completa inviabilidade das demais medidas. O juízo para a aplicação da internação em muito pouco se distingue do atribuído aos crimes cometidos por pessoas com mais de dezoito anos, diferindo-se apenas na utilização dos termos eufemisticamente empregados, como “ato infracional”; “medida socioeducativa” e “adolescente em conflito com a lei”. Isto porque, trata os adolescentes como criminosos e aplica-lhes medidas socioeducativas com os mesmos critérios para a aplicação de penas.

A excepcionalidade se caracteriza justamente pelo oposto, já que exige uma discricção muito mais profunda e considerações sobre aspectos múltiplos capazes de identificar a internação como única medida possível para atingir as finalidades

da medida socioeducativa, levando em conta, para isso, sua restrição quanto à sua utilização e seu caráter de ultima ratio.<sup>54</sup>

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não é mero pretexto para marcar de forma ideológica a superação da situação irregular pela proteção integral, deve estar devidamente assentada na prática judiciária. A internação aplicada em qualquer ocasião legítima em demasia os danos causados no processo de desenvolvimento de tais pessoas, ressaltando toda a problemática depreendida de uma privação de liberdade, questão a ser discutida no momento subsequente deste trabalho.

## 7. OS EFEITOS DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

O ideário da privação da liberdade como a principal e mais viável resposta penalógica para alcançar a recuperação do “delinquente” se aprofundou no século XIX<sup>55</sup>. Entretanto, a sua eficiência na contemporaneidade em nada justifica sua manutenção. As finalidades ditas da pena são dissimulações reais do seu verdadeiro desígnio, qual seja a pretensão de afastar do convívio social aqueles que são considerados dissociadores da comunidade, ou, por uma expressão vulgar, os tormentos da paz<sup>56</sup>. Por esta estrutura é que também se assenta a justiça da infância e juventude quando se trata da imposição da medida socioeducativa, por mais que suas definições constitucionais e legais sejam as condizentes com um Estado manifestamente democrático, a sua aplicação se conduz de forma sistematicamente hostil aos direitos de proteção à criança e ao adolescente constitucionalmente previstos e contraria seus mandamentos.

A resultante da privação da liberdade é inteiramente deletéria, a vida social que se desenvolve em uma instituição desta espécie, em meio artificial e antinatural, favorece a aparição de uma consciência coletiva que reflete no amadurecimento criminoso, do mesmo modo, condiciona a pessoa a um meio distinto, sendo de difícil adaptação o seu retorno ao meio social.

Tais fatores tendem a ser mais profusos se considerados em sua repercussão na pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, excluindo-a da vida comunitária

<sup>54</sup> FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, v. 12, p. 167-91, 2002

<sup>55</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 143.

<sup>56</sup> Interessante também a referência à doutrina abolicionista, esclarecida por Eduardo Cabette: “A doutrina do abolicionismo penal mostra escancaradamente o quanto é deletéria e irracional a acomodação viciosa e simplista que correlaciona a conduta desviante com a pena criminal, especialmente a pena de prisão. Em última instância, demonstra a incoerência do combate da violência pela própria violência do sistema, que a reintroduz num verdadeiro círculo vicioso na sociedade. Isso sem falar na demonstração que, juntamente com a chamada ‘criminologia crítica’, torna o caráter ideológico e opressivo das massas excluídas insito ao sistema penal em sua clássica conformação.” CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O abolicionismo como utopia produtiva. In Boletim IBCCrim. São Paulo: IBCCrim, ano 18, n. 215, p. 09-10, out., 2010.

e familiar, produzindo danos possivelmente irreparáveis e irreversíveis. Além do mais, como examina Bitencourt, “os efeitos devastadores da renegação, ao mesmo tempo, impedem que a interiorização da renegação social possa converter-se em um sentimento de auto-recusa. Isso permite que o interno repila aos que o renegam ao invés de fazê-lo com sua própria pessoa”.<sup>57</sup>

Completando o entendimento, Eduardo Cabette expõe a seguinte perspectiva:

É preciso realmente trilhar um caminho que se liberte do sistema penal, da visão do Direito Penal como panacéia para todos os males, de forma a encontrar verdadeiras respostas para os conflitos sociais sem necessidade de lançar mão da violência, seja ela legal ou marginal. Mister se faz pensar em uma alternativa, não de um Direito Penal melhor, mas de algo melhor do que o Direito Penal.<sup>58</sup>

Tal concepção coaduna-se amplamente com a sistematização constitucional e legalmente prevista para a aplicação das penas e, mais acentuada ainda, se relacionada à aplicação das medidas socioeducativas, as quais essencialmente não devem corresponder a um viés de punição, mas são orientadas por um conteúdo ético destinado a proporcionar a intervenção junto ao adolescente em conflito com a lei, de modo a servir-se de um processo pedagógico possibilitando a sua reintegração à sociedade, permitindo o seu convívio com a comunidade.

Caracterizada a excepcionalidade em algumas formas do seu conteúdo, passa-se a tratar, conforme a sua estrutura normativa, a sua posição na teoria de Robert Alexy, com o sentido de definir o seu âmbito de proteção.

## 8. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A compreensão da proposta do trabalho leva em consideração a colocação de um pressuposto teórico para que sejam evitados, ao máximo, equívocos no plano metodológico. Para tanto, uma abordagem inicial acerca da teoria dos princípios faz-se necessária.

A distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy<sup>59</sup>, em consonância com Ronald Dworkin<sup>60</sup>, consiste em uma separação qualitativa, de caráter lógico, contrária a tese mais difundida no Brasil que diferencia por critérios de grau.

<sup>57</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 157.

<sup>58</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. ob. cit.

<sup>59</sup> ALEXY, Robert Alexy. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. A teoria dos princípios é difundida e também defendida por Virgílio Afonso da Silva: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

No Brasil<sup>61</sup>, os princípios são normas fundamentais do sistema e as regras são definidas como uma concretização desses princípios, tendo, por isso, caráter mais instrumental.

Para Ronald Dworkin, o positivismo entende o direito por um sistema exclusivamente de regras, fator que o torna impossibilitado de fundamentar decisões de casos complexos, pois não consegue identificar a regra jurídica aplicável, recorrendo, dessa forma, à discricionariedade do juiz, fazendo com que se crie novo direito. Assim, as regras ou são aplicáveis em sua inteireza ou são inválidas, não sendo concebível oposição entre esta espécie, pois havendo prevalência de uma, a outra necessariamente será inválida, não pertencendo ao ordenamento jurídico. A constatação a respeito dos princípios tem funcionamento distinto, a eles a colisão não implica problemas de validade, mas em peso, de acordo com sua importância à situação concreta.

A teoria proposta por Robert Alexy guarda paridade com a de Dworkin<sup>62</sup>, que determina que as regras tratem de direitos e deveres definitivos, devendo ser cumpridas em sua integridade. Sobre os princípios, considera-os como mandamentos de otimização, sendo normas que estabelecem algo que deva ser realizado na medida do possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao contrário das regras, os princípios dificilmente serão realizados em sua inteireza, pois a realização de um impede a do outro, por isto, esta colisão deve ser solucionada por meio do sopesamento, objetivando um ponto ótimo variável ao caso concreto.

Para a teoria dos princípios de Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, significando que os princípios, diversamente do que ocorre com as regras, podem ser realizados sob diversos graus. Em relação às possibilidades jurídicas, a máxima realização de um princípio é dificultada justamente porque esbarra na realização ou na proteção de outro(s).

Na ocorrência desta colisão é que está o caráter diferenciador da estrutura do direito ou dever a ser abrangido pelo princípio, uma vez que se tratasse de uma

<sup>61</sup> Neste sentido, faz-se menção às conceituações de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para ele, princípio "é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico." Acrescenta ainda o autor que "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Manual de direito administrativo. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807-808). Do mesmo modo, José Afonso da Silva: "Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 92).

<sup>62</sup> A paridade entre as teorias propostas por Robert Alexy e Ronald Dworkin está na distinção das normas por um critério qualitativo: "Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico". (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista latino americana de estudos constitucionais, vol. 1. p. 607-30, 2003.)

regra, por dever ser cumprida integralmente não poderiam colidir com outra regra, já os princípios, por serem mandamentos de otimização, são aplicados de diferentes formas como a subsunção e o sopesamento.<sup>63</sup>

Ao contrário do que acontece com os princípios quanto à possibilidade de colisão entre eles, em relação às regras tal possibilidade inexistente. As regras preveem direitos que devem ser realizados integralmente. Assim, se para determinada situação fática o ordenamento jurídico permita a aplicação de regras que estabeleçam consequências distintas uma delas necessariamente é inválida, no todo, na ocasião em que os seus preceitos sejam mutuamente excludentes, ou em parte, quando a incompatibilidade for parcial, comportando a instituição da cláusula de exceção.<sup>64</sup>

O conflito entre as regras, portanto, só pode ser resolvido se entre as normas houver uma cláusula de exceção ou se uma delas for declarada inválida. Se de fato em uma situação concreta existir a possibilidade de aplicação de duas normas jurídicas com conteúdos distintos, uma delas deverá ser declarada inválida, e, consequentemente, ser extirpada do ordenamento jurídico, já que o conceito de validade jurídica não é graduável.<sup>65</sup>

## 9. A ESPÉCIE NORMATIVA DA EXCEPCIONALIDADE

Inicialmente, para a distinção da excepcionalidade não basta, por si só, a análise textual da norma constitucional que a prevê. Deve-se ater ao processo de interpretação para aferir de qual espécie de estrutura normativa se trata. Pontua-se isto porque a partir de uma simples análise semântica da norma constitucional da excepcionalidade poderia afirmar ser ela uma regra diante da utilização de uma expressão deôntica. O artigo 227, §3º, inciso V, da Constituição define que o direito à proteção especial à criança e ao adolescente abrange a obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade. O termo obediência denota um sentido de dever e de obrigatoriedade. Ainda assim, não é por tal motivo que se defende tratar-se de uma regra.

O caráter de definitividade da excepcionalidade se exprime pela sua colocação na situação concreta. Para qualquer aplicação de medida socioeducativa a excepcionalidade deve ser satisfeita, deve-se exatamente fazer aquilo que ela exige avaliar o caso e estabilizá-lo com as possibilidades jurídicas para somente assim aplicar a internação. Se a excepcionalidade não for aplicada, consequentemente será considerada inválida, circunstância que ocasionará na sua extirpação do ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>63</sup> SILVA, op. cit., p. 46.

<sup>64</sup> SILVA, op. cit., p. 47-8.

<sup>65</sup> ALEXY, op. cit. p. 92.

A excepcionalidade exige que apenas na impossibilidade da aplicação das demais medidas socioeducativas, será aplicada a internação, assim determina que se realize exatamente o seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, como as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fático ou juridicamente possível, conclui-se que a excepcionalidade tem uma estrutura normativa de regra, também por ser uma razão para um determinado juízo concreto, isto porque impõe um dever para a aplicação da medida socioeducativa de internação, por isto a sua estrutura normativa é de regra.

Por essas considerações acerca das regras e dos princípios e diante da análise da sua disposição na constituição, classifica-se a excepcionalidade como uma regra, isto por sua estrutura normativa, porque impõe um dever definitivo, não se sujeitando a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, enfim, é aplicada totalmente.

## CONCLUSÃO

Diante da argumentação desenvolvida, buscou-se demonstrar a problemática que envolve a jurisprudência que invalida a aplicação da regra da excepcionalidade. Tais juízos são antagônicos à norma constitucional que, por sua estrutura, deve ser cumprida em sua totalidade. Como se procurou mostrar, decisões nos tribunais são correntemente contra legem, talvez por razão de um paradigma anterior em que se baseavam os direitos da criança e do adolescente o qual, apesar de modificado, ainda é indevidamente difundido. A principal resultante é uma restrição aos direitos de proteção e liberdade de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento<sup>66</sup>. Como relacionado pelo trabalho, essa dissensão tem efeitos deletérios, muitas vezes irreversíveis e gravemente danosos aos adolescentes, motivo pelo qual a temática merece maior atenção e necessita ser profundamente debatida.

<sup>66</sup> Na passagem a seguir, Eduardo Galeano explora o contexto no qual as crianças da América Latina estão inseridas, sobretudo as crianças que acabam sendo atingidas pela miséria e pobreza: "Na América Latina, crianças e adolescentes somam quase a metade da população total. A metade dessa metade vive na miséria. Sobreviventes: na América Latina, a cada hora, cem crianças morrem de fome ou doença curável, mas há cada vez mais crianças pobres em ruas e campos dessa região que fabrica pobres e proíbe a pobreza. Crianças são, em sua maioria, os pobres; e pobres são, em sua maioria, as crianças. E, entre todos os reféns do sistema, são elas que vivem em pior condição. A sociedade as espreme, vigia, castiga e às vezes mata: quase nunca as escuta, jamais as compreende." (GALEANO. Eduardo. De pernas pro ar: A escola do mundo ao avesso. Tradução: Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 14).

## RELATÓRIO TÉCNICO INTERPROFISSIONAL: MEIO DE PROVA OU DE INFORMAÇÃO?

**Samir Nicolau Nassralla**

Defensor Público do Estado de São Paulo

O Estatuto da Criança e do Adolescente, atento à necessidade de se apurar os diversos fatores e as circunstâncias pessoais dos adolescentes em conflito com a lei, estabeleceu a necessidade de elaboração de estudo técnico por equipe multiprofissional, através da emissão de laudos a serem juntados no processo de apuração de ato infracional, a fim de auxiliar na atividade jurisdicional. É o que dispõe a seguinte norma:

Art. 151 - Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Tal direcionamento legal decorre da necessidade de que a decisão a ser tomada pelo magistrado na escolha da melhor medida socioeducativa a ser aplicada deve levar em conta outros fatores, como a realidade social, familiar, econômica, cultural, daquele determinado indivíduo em desenvolvimento, atentando-se para a excepcionalidade da segregação de sua liberdade. É que a medida socioeducativa deve ser norteada pelo princípio da **atualidade e da proporcionalidade**, ou seja, deve levar em conta as atuais circunstâncias e condições de desenvolvimento do adolescente, conforme se extrai da leitura do ECA:

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.

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada; (Incluído pela Lei n.º 12.010, de 2009).

A melhor doutrina de Saraiva ressalta a indispensabilidade de tais relatórios técnicos, mormente no que se refere aos casos de privação de liberdade:

O perfil interdisciplinar do processo de apuração de ato infracional decorre da própria aplicação da Doutrina da Proteção Integral. A existência de um laudo

técnico, com a intervenção de operadores de outras áreas do conhecimento visa a dar condições ao Juiz de melhor decidir a questão e avaliar com segurança sobre a medida socioeducativa adequada, até porque deverá, fundamentadamente, explicitar os motivos da escolha da medida socioeducativa imposta (art. 112, §1º, e art. 122, §2º).<sup>67</sup>

Ocorre que, muitas vezes, tem-se observado na prática que o relatório técnico da equipe multiprofissional ingressa no mérito do cometimento ou não do ato pelo adolescente, bem como os motivos que o levaram a praticá-lo.

Ao que parece, tal questionamento, fora do âmbito do contraditório e sem a presença da defesa técnica, viola o direito da não autoincriminação, previsto no Pacto de São José da Costa Rica. Saliente-se o fato de não haver previsão expressa no ECA, autorizando tal procedimento, que somente franqueia a livre manifestação “do ponto de vista técnico”.

A expressão “livre manifestação do ponto de vista técnico”, prevista no artigo 151 do Estatuto, deve ser compreendida em consonância com a finalidade legal, de modo a propiciar a avaliação das atuais condições sociais, psicológicas, físicas, familiares, econômicas do adolescente, que se submete à apuração de ato infracional. Neste sentido, entende-se que pode a equipe técnica, inclusive, recomendar o tipo de medida adequada à ressocialização do adolescente. No entanto, a análise da Lei não autoriza a interpretação de que tal relatório vá ao ponto de questionar ao representado acerca do cometimento ou não do ato infracional, como verdadeiro meio de prova, assemelhando-se ao interrogatório extrajudicial.

Aliás, também ao que parece, a própria obrigação ética do sigilo profissional impede que as informações prestadas pelo adolescente ao profissional de psicologia ou assistência social sejam repassadas formalmente ao Juízo de apuração.

A simples juntada de tal parecer aos autos, que muitas vezes aponta a confissão do jovem a respeito dos fatos, influencia precocemente e de forma irreversível a opinião do julgador, maculando os atos posteriores, inclusive a própria audiência de apresentação, ocasião em que, de fato, exerce seu direito de defesa pessoal. Assim, faz-se justa e necessária a nulidade dos atos posteriores, por derivação, determinando-se sua repetição através de oportuna impugnação, com base na conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> SARAIVA. João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional*. 4ª Ed. Porto Alegre: 2010, p. 257.

<sup>68</sup> Tal teoria advém do direito norte americano a *fruits of poisonous tree*, decorrendo do preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, ou seja, a prova ilícita originária ou inicial contaminaria as demais provas decorrentes. Entretanto, esta teoria não é absoluta sob a ótica do Direito Americano havendo limitações a sua aplicação. A Constituição Federal de 1988 ao tratar sobre as provas ilícitas ou ilegítimas estabelece em seu art. 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. *Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/29900> >. Acesso em: 10 ago. 2011.)

Neste sentido, Cury ensina que:

A equipe não só assessorará o juiz, funcionando nas perícias e laudos, mas a lei de organização judiciária poderá atribuir-lhe outras funções. Como, p. ex., acompanhar as medidas de proteção, realizar tratamento social, orientar-se e supervisionar a família; promover o entrosamento dos serviços do juizado com os técnicos do Conselho Tutelar; acompanhar a execução das medidas sócio-educativas, etc. **Quando atua processualmente, seus laudos podem ser impugnados, cabendo os mesmos princípios que informam a prova judiciária. Trata-se de garantia do princípio do contraditório (grifo nosso).**<sup>69</sup>

A Constituição Federal é expressa no sentido de garantir a igualdade processual entre adolescentes e adultos, na qual prescreve:

Art. 227, § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica.

Já o Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – dispõe sobre diversas garantias processuais, em especial o direito a não autoincriminação, nos seguintes termos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: **g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e**  
3. **A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.**

Ainda sobre o tema da confissão, Saraiva, citando um julgamento do Supremo Tribunal Federal, ressalta seu caráter relativo, ainda quando tomada em depoimento judicial, quanto mais se obtida por meio de relatório técnico. É o que se extrai do seguinte trecho:

É que não se pode atribuir valor absoluto à confissão, porque esta nem sempre é ditada por amor da verdade, como enuncia o Ministro Cezar Peluso, senão por motivos imagináveis, não raro patológicos, e por outros inimagináveis. (...) Pretender construir proposta de uma ação socioeducativa na idéia da confissão se faz de uma maneira “moderna” o reconstruir do modelo inquisitorial medieval, de natureza religiosa, onde a confissão se fazia imprescindível à remissão do pecado. O adolescente tem direito a calar e ninguém pode vir a ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Nem mesmo (ou especialmente) o adolescente em nome de um suposto projeto pedagógico.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*. 10ª Ed. São Paulo: 2010, p. 739.

<sup>70</sup> SARAIVA. João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional*. 4ª Ed. Porto Alegre: 2010, p. 248.

Inferese-se que, apesar do indispensável trabalho da equipe multiprofissional, para apuração das circunstâncias pessoais do adolescente a fim de iluminar o trabalho judicial, a indagação específica acerca do mérito do ato infracional neste momento do procedimento, por ausência de previsão legal, bem como pela ausência de Defesa Técnica no ato, fere o direito ao Devido Processo Legal, que deve nortear os processos de apuração de ato infracional.

## CONCLUSÃO

Apesar da inexistência de dados estatísticos acerca da quantidade de relatórios técnicos elaborados com o questionamento acerca do cometimento ou não do ato infracional, é certo que a realidade prática da Defensoria Pública na tutela de adolescentes em conflito com a lei, tem demonstrado que muitas vezes o adolescente assume a prática do ato ilícito perante a equipe interprofissional e posteriormente nega tal fato em Juízo, quando da sua oitiva em audiência de apresentação, sendo tal instrumento erroneamente utilizado como verdadeiro meio de prova.

Com efeito, ainda que impugnado após sua juntada, a declaração do adolescente acerca dos atos a si imputados, que implica confissão, induz irreversivelmente o espírito tanto do órgão do Ministério Público, como do julgador, impedindo a produção das demais provas de forma livre e imparcial.

Caso não desentranhada tal prova ilícita, em tempo, sustenta-se que haja a nulidade dos atos posteriores, com a necessidade de sua repetição, agora de forma isenta.

Frise-se que não há diretrizes concretas e padronizadas nacionalmente acerca do formato ideal para elaboração dos relatórios técnicos pelas unidades de interação e a independência técnica dos profissionais da equipe e o desejo de melhor colaborar para melhor medida ao adolescente faz com que tais relatórios ingressem no mérito do cometimento ou não do ato infracional, o que flagrantemente exorbita da finalidade legal.

Portanto, o presente artigo tem por objeto provocar o questionamento acerca do alcance de tais relatórios técnicos interdisciplinares, em atenção ao princípio do Devido Processo Legal, uma vez que não se pode outorgar aos órgãos estatais excessivo ou ilimitado poder de apuração dentro do procedimento de apuração de atos infracionais, em detrimento aos direitos legais, constitucionais e normas internacionais de proteção dos adolescentes com sujeitos em desenvolvimento, atentando-se para sua proteção integral.

A superação dos ultrapassados conceitos do “menorismo ou da situação irregular”, em que o adolescente é mero objeto da intervenção do Estado, já há muito tempo cedeu espaço para a doutrina da proteção integral (Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente: art. 1º e 3º), em que é considerado com sujeito de direitos. A igualdade processual efetiva, sem dúvida, é um dos principais termômetros dessa mudança de mentalidade a ser constantemente buscada.

## A EXCEPCIONALIDADE DA FAMÍLIA SUBSTITUTA

---

Thiago Santos De Souza

Defensor Público do Estado de São Paulo

O artigo 19 do ECA, de forma bastante clara, determina que crianças e adolescentes têm o direito de ser criada e educada no seio de sua **família originária e, EXCEPCIONALMENTE**, em ambiente familiar substituto.

Isto porque o artigo 19 do ECA, ao regulamentar o direito fundamental à convivência familiar (artigo 227, CF), conferiu às crianças e aos adolescente o direito de serem criados no seio de sua família natural, formada pelos genitores (artigo 25, ECA), e, apenas excepcionalmente, em núcleo familiar substituto, em qualquer modalidade prevista em lei.

Nesse contexto, a família originária ou natural, conforme dicção do artigo 25 do diploma em comento, é aquela formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes.

Assim, o artigo 19 do ECA esclarece que a colocação em família substituta é medida excepcional, cabível apenas quando comprovada a total impossibilidade de reestruturação do ambiente familiar natural, constituído pelos pais e por seus respectivos filhos, conforme dicção do artigo 25 do diploma em comento. Em outras palavras, à família natural deve ser dada a efetiva oportunidade de reorganização, para que as crianças e os adolescentes possam retornar ao lar originário. Veja-se, portanto, que o ECA, abertamente, traz, no rol de direitos fundamentais da criança e do adolescente, a prevalência da família natural sobre a substituta.

Consequentemente, o Estado, primeiro guardião da entidade familiar (artigo 226 da CF), tem o dever de procurar **resguardar a família natural, investindo no processo de reestruturação e reorganização dos pais**. Além disso, tem o dever de cooperar para a reunião de pais e filhos, em ambiente saudável e equilibrado.

Ademais, em havendo família extensiva, a esses parentes, que compõem o núcleo familiar originário, deve ser dada a oportunidade de reclamar e exercer a guarda da criança em situação de risco, até que os genitores findem o processo de reestruturação.

A criança tem o direito de permanecer sob os cuidados de seus parentes originários, se houver condições para tanto.

Não se pode o Estado, a título de proteção, intervir drasticamente na dinâmica da família natural, rompendo os vínculos de filiação existentes, se não estiver cabalmente comprovada a necessidade de tal medida.

Nesse passo, se ainda restar alguma chance de reorganização familiar, a destituição deve ser postergada, para que se busque a efetivação, com prioridade

absoluta, do direito das crianças de permanecerem em convívio com aquelas pessoas com quem travam relações de afetividade.

O Poder Judiciário, jamais poderá destituir o poder familiar, como dito alhures, tornando prevalente a família substituta, ignorando os progressos comprovadamente alcançados pelos pais naturais durante o processo, o que representa violação aos artigos 19 do ECA e 1638 do CC.

**A colocação em família substituta é medida de exceção**, cabível apenas quando constatada a total incapacidade de recuperação da família natural, em processo judicial de destituição do poder familiar.

A guarda, como colocação em família substituta, pode ser deferida a qualquer pessoa, que possua ou não vínculo de parentesco com a criança, dando-se preferência à família extensiva.

Cessada a situação de risco, principalmente em razão da reorganização do lar originário, devem as crianças e os adolescentes que foram colocados em famílias substitutas voltar ao ambiente familiar natural, até mesmo porque, nesse caso, não se faz mais necessária a intervenção protetiva.

Com efeito, se os familiares naturais (genitores) preferem aos substitutos, com ou sem vínculo de parentesco, e têm condições de atender às necessidades basilares das crianças e/ou dos adolescentes, então a reversão da medida protetiva é essencial à concretização do direito fundamental à convivência familiar, de acordo com diretrizes constitucionais e estatutárias.

Nessa esteira, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, preconiza o seguinte:

Art. 9º. 1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse da criança (...).

Vale lembrar que tais regras internacionais ratificadas pelo Brasil incorporaram o ordenamento jurídico interno com força de normas materialmente constitucionais, em razão do que dispõe o artigo 5º, § 2º, da CF, que trata do bloco de constitucionalidade.

Nesse passo, diz-se que as determinações da Convenção Internacional dos Direitos da Criança trazem a lume direitos fundamentais que não podem ser ignorados pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Assim, seja em atenção às normas internacionais de proteção aos direitos humanos do público infanto-juvenil, seja em razão das disposições constitucionais (artigo 227, CF) e estatutárias (artigo 19, ECA), deve o Estado respeitar o direito à convivência familiar, mantendo crianças e adolescentes no seio de sua família natural sempre que possível.

Oras, de acordo com as determinações normativas acima alinhavadas, tendo os pais condições de arcar com as responsabilidades decorrentes do exercício da guarda, deve o Estado chancelar sua pretensão, concedendo a reversão de eventual medida de colocação em família substituta, em atenção aos direitos fundamentais das próprias crianças e adolescentes envolvidos.

Não se quer dizer que não é possível, a colocação temporária da criança em família substituta, na modalidade de guarda, como alternativa ao abrigo, que, quando prolongado, viola o direito à convivência familiar.

Trata-se, nesse caso, de aplicar medida protetiva (artigo 101, ECA) mais benéfica à criança e ao adolescente, que necessitam do convívio em ambiente familiar para o desenvolvimento sadio e harmonioso de sua personalidade.

Porém, o artigo 101 do ECA reza que a colocação em família substituta, especialmente na modalidade de guarda, é MEDIDA DE PROTEÇÃO, que deve ser aplicada quando constatada a situação de risco (artigo 98, ECA) a que a criança ou o adolescente está submetido.

Assim, verifica-se excepcional o rompimento dos vínculos das crianças e dos adolescentes com a família natural; apenas nos casos em que esteja evidente a situação de risco é possível o abrigo ou a colocação em família substituta. Por outro lado, cessada a situação de risco, forçoso o retorno ao lar originário, como forma de respeito a direitos da criança consagrados pela comunidade internacional.

Reafirma-se que o artigo 101 do ECA, ao tratar das medida de proteção, esclarece que o abrigo e a colocação em família substituta devem ter sua aplicação excepcional, após esgotamento de outros mecanismos protetivos.

Importante esclarecer que o fato de a criança ou adolescente estar adaptado a lar substituto não pode ser utilizado como obstáculo à concretização do exato teor do artigo 19 do ECA, que preconiza a prevalência da família originária sobre a substituta.

Aliás, curial consignar que a adaptação a lar substituto, durante o processo de destituição, não pode ser utilizada sequer como argumento para a procedência da ação de destituição, pois as causas de extinção do poder familiar estão taxativamente arroladas no artigo 1638 do Código Civil, vedadas as interpretações ampliativas e analógicas.

Nesse diapasão, o vínculo afetivo eventualmente formado com os familiares substitutos – chamados pela por alguns de família acolhedora – e o bem-estar material e moral por eles proporcionado não podem servir de obstáculo ao retorno das crianças ao ambiente familiar natural, se reestruturado.

A interpretação sistemática do ECA conduz o operador do Direito à seguinte situação: **é possível, em caráter protetivo e temporário, a colocação da criança em família substituta, na modalidade de guarda, até que a família natural, em tempo razoável, consiga reestruturar-se, para receber a prole novamente.**

Portanto, a vinculação afetiva das crianças e adolescentes com a família acolhedora não é suficiente, por si só, para impedir seu retorno ao lar natural, quando reestruturado.

Principalmente, porquanto existe enorme falta de sensibilidade do Poder Judiciário que, no momento do abrigamento da criança ou de sua colocação em família acolhedora e/ou substituta, suspende de imediato o direito de visitas dos pais, que se tivessem sido deferidas oportunamente, ao longo do processo, o quadro certamente seria outro: fatalmente, teria vinculação afetiva com seus pais, que são, em regra, as pessoas que apresentam melhores condições de zelar por seus interesses básicos.

Nesses casos, é importante destacar, que essa vinculação afetiva, na grande maioria dos casos, ainda poderia ser retomada, principalmente porque crianças e adolescentes estão em processo de formação de sua personalidade.

A permanência de crianças sob a guarda de família substituta, durante o processo de reestruturação dos pais, com a continuidade da proibição das visitas por parte do Poder Judiciário, revela postura estatal contrária à preconizada nas normas de proteção aos direitos da criança, que fazem prevalecer a família natural sobre a substituta.

Não restam dúvidas de que faz parte da reestruturação da família natural a manutenção do direito de visitas durante todo o processo, mormente nas hipóteses em que os pais buscam a reestruturação familiar, até para que, futuramente, seja viável o retorno da criança ao lar natural.

Nesse sentido, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança reza que:

Artigo 9º. 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse da criança.

Logo, as visitas devem ser asseguradas, para que a vinculação afetiva com os pais possa ressurgir, viabilizando futura modificação da guarda.

E o Judiciário, como parcela do Poder Estatal, não pode cancelar a permanência de crianças com familiares substitutos se existem fortes provas de que os pais conseguiram reorganizar o ambiente familiar natural.

De outra banda, não se pode olvidar que, a despeito do envolvimento afetivo de criança ou adolescente com família substituta, sempre que possível deve-se evitar SEPARAÇÃO DE IRMÃOS, em consonância com o princípio do superior interesse das crianças.

Assim, pela prevalência da família natural, formada pelos pais originários, não basta, para a procedência da ação de destituição, a mera incidência dos genitores em uma das hipóteses do artigo 1638 do CC. É necessária, também, a constatação de impossibilidade de recuperação e reestruturação da família natural, após inter-

venção contundente da rede de promoção dos direitos infanto-juvenis, através de seus diversos equipamentos de avaliação psicossocial, responsáveis pela análise da dinâmica familiar.

Em outras palavras, antes do decreto judicial de extinção do poder familiar, medida drástica e excepcional, deve ser conferida aos genitores a efetiva oportunidade de reestruturação do ambiente familiar natural.

Veja-se que, antes de terminado esse processo de recuperação familiar, é inviável a destituição, sob pena de flagrante violação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal e no ECA.

Frisa-se que, se durante o Procedimento Verificatório (Pedido de Providência) ou mesmo durante o processo que se pretende destituir ou suspender o poder familiar, nenhuma medida prevista no artigo 129 do Estatuto for aplicada ou se for aplicada insatisfatoriamente aos pais, que têm o direito de reestruturar-se, em benefício de sua prole, por quem nutre verdadeiro afeto e carinho, não é possível a extinção do poder familiar pela destituição, sob pena de subverter os princípios basilares da proteção integral consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal e normativa internacional.

Assim, se as omissões e/ou falhas na rede pública de atendimento familiar, inviabilizar a reconstrução do lar originário, esses erros de atuação profissional não podem levar à distorção e à subversão dos princípios basilares do ECA, que, ao reverso do que ocorre na prática, não permite a política indiscriminada de abrigamentos, destituições de poder familiar e colocações de crianças e adolescentes em família substituta.

Se não houver acompanhamento efetivo por parte da rede de proteção, que deixar de investir na reestrutura da família originária, a despeito dos mandamentos estatutários e constitucionais acima invocados, a destituição, com a consequente colocação em família substituta, jamais deverá ocorrer, tendo em vista as falhas na atuação dos diversos serviços públicos envolvidos.

E a consequência imediata dessa falha não pode ser a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, que, como dito alhures, deve ser medida excepcionalíssima.

Em suma, o Estado não pode, ao invés de cumprir, adequadamente, com seu dever de prestação social, para efetiva proteção do núcleo familiar, omitir-se, e o Poder Judiciário, responsável pela aplicação da Constituição e do Estatuto ao caso concreto, jamais pode endossar a falha do Executivo, dando procedência na ação de destituição do poder familiar para romper, em definitivo, laços familiares que podem ser mantidos, porquanto submetidos a verdadeiro processo de reorganização, em prol dos interesses maiores das crianças e do adolescente envolvidos na questão.

Reitera-se que, desde que patente a reestruturação, torna-se imprescindível o retorno das crianças à família natural, que, nos termos do artigo 19 do ECA, prevalece sobre a substituta.

A recondução das crianças à família natural, nesses casos de falha no serviço prestado pela rede protetiva, também, é prioridade estabelecida no Estatuto, até mesmo em atenção ao direito fundamental à convivência familiar, que deve ser lido sob os auspícios da prioridade absoluta, nos termos do artigo 227 da CF.

Por outro lado, argumentações como a de que a família originária não possui moradia fixa nem emprego adequado não podem ser fundamento da destituição do poder familiar, por expressa vedação do artigo 23 do ECA.

Equivoca-se os que suscitam a pobreza e a miserabilidade como motivos suficientes para a extinção do poder familiar, pois o ECA, ao consagrar a doutrina da proteção integral, afastou o regime de punição da pobreza, que vigorou durante a égide do famigerado Código de Menores.

Oras, o Estado, desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, tornou-se primeiro guardião da entidade familiar (artigo 226 da CF), assumindo o dever de fornecer aos pais os subsídios necessários à superação das dificuldades materiais, nos casos em que a desestrutura econômica conduz a família a situações de indignidade.

Por fim, pretende-se rebater o posicionamento de que o ECA abrandou os rigores do Código Civil no que toca às causas de destituição do poder familiar, até mesmo porque a Lei n.º 8069/90 é anterior à novel legislação civil.

Se, por um lado, o ECA, genericamente, permite a destituição do poder familiar daqueles que descumpriram de forma injustificada o dever de guarda e sustento dos filhos menores, o Código Civil, lei federal posterior, trouxe, em rol exaustivo e específico, as hipóteses em que o juiz poderá decretar a extinção compulsória do poder familiar.

Assim, por uma questão cronológica, verifica-se que, na verdade, o Código Civil, ao prescrever, de forma específica, as situações que ensejam a destituição do poder familiar, tornou mais dificultosa a aplicação dessa sanção civil.

Deveras, o Código Civil de 2002, na esteira do Constituinte de 1988 e do próprio Estatuto optou pela prevalência da família natural, que só pode ser desconstituída, compulsoriamente, nos casos previstos em lei, sem ampliações de qualquer espécie (rol taxativo), até porque se aplica a máxima de que normas restritivas de direito não podem ser interpretadas extensivamente.

Não se pode admitir, portanto, a ampliação do rol constante do artigo 1638 do CC, sob pena, inclusive, de violação a direito fundamental de crianças e adolescentes.