

1º



Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude

19 a 21 de agosto de 2010
Auditório da Defensoria Pública do Estado de São Paulo SP
Rua Boa Vista, 200 Centro

Realização :



Apoio :



NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA
DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO

DANIELA SOLLBERGER CEMBRANELLI
DEFENSORA PÚBLICA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ELAINE MORAES RUAS SOUZA
DIRETORA DA EDEPE

DIEGO VALE DE MEDEIROS
COORDENADOR DO NUCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – NEIJ

LEILA ROCHA SPONTON
COORDENADORA AUXILIAR

DEFENSORES PÚBLICOS MEMBROS DO NEIJ

PEDRO ANTONIO DE AVELLAR
RENATA FLORES TIBYRIÇA

DEFENSORES PÚBLICOS COLABORADORES DO NEIJ

MARA RENATA DA MOTA FERREIRA
DEBORA DE VITO
JOSÉ HENRIQUE GOLIN MATOS
RENATA KLIMKE
MARIANE VINCHE ZAMPAR
MATEUS OLIVEIRA MORO
THIAGO SANTOS DE SOUZA
CÁSSIA ZANGUETIN MICHELÃO
DENISE MELO SALAZAR
ARIANE CAROLINO DE PADUA PASCHOAL
RAFAEL SOARES DA SILVA VIEIRA

DAIANE S. RENNÓ
ASSISTENTE SOCIAL E AGENTE DA DEFENSORIA PÚBLICA

LUÍS FERNANDO SIMÕES MORAES
OFICIAL DE DEFENSORIA PÚBLICA

JAMILE BECKER PIRES
JOSEMARY AZEVEDO DA SILVA
ESTAGIÁRIOS DA DEFENSORIA PÚBLICA

INTRODUÇÃO

A presente publicação representa mais um dos avanços para o aprimoramento da defesa técnica dos direitos das crianças e dos adolescentes exercida pelos Defensores Públicos com atuação na respectiva área.

O Primeiro Congresso dos Defensores Públicos da Infância e Juventude é um referencial na mobilização nacional e discussões de aprimoramento técnico e institucional para a garantia da prioridade absoluta na prestação do serviço público de assistência jurídica gratuita e integral às crianças e adolescentes.

O evento em tela se preocupou com a formação técnica dos defensores públicos através das exposições e discussões de teses nacionais de atuação técnica, assim como propiciar estudos sobre a realidade institucional dos defensores públicos da infância e juventude com a contextualização do sistema de justiça e políticas públicas afetas à infância e juventude. Aproveitou-se a oportunidade para reuniões políticas com os presidentes da Associação Nacional de defensores públicos - ANADEP, Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e defensores públicos da infância e juventude- ABMP e Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais – CONDEGE.

Importante destacar o esforço de todos os Defensores Públicos na construção democrática e participativa do Congresso que não se exauriu durante os dias 19 a 22 de agosto de 2010, mas é fruto da união de todos que lutam pela proteção integral à infância e juventude

Por fim, parabenizamos a todos e todas Defensores(as) Públicos(as) da Infância e Juventude e reafirmamos nosso compromisso na prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes

Que venha o II Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude!

COMISSÃO ORGANIZADORA

SUMÁRIO

1. I DIAGNÓSTICO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS COM ATUAÇÃO NA INFÂNCIA E JUVENTUDE	13
2. TESES INSTITUCIONAIS DOS DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE	25
2.1 TESES INFRACIONAIS	25
2.1.1 SÚMULA: Não cabe medida socioeducativa de internação por ato infracional de tráfico de entorpecentes, exceto nos casos de reiteração em ato infracional grave, ou seja, se ocorrer o cometimento de 3 (três) ou mais infrações graves, conforme ressalta a jurisprudência do STJ. GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INÁCIO	25
2.1.2 SÚMULA: A medida socioeducativa de internação só pode ser aplicada nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro	31
2.1.3 SÚMULA: REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. Só é cabível a internação quando ocorrer o cometimento de 03 (três) ou mais infrações graves, conforme ressalta a jurisprudência do STJ. CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro	34
2.1.4 SÚMULA: Para os atos infracionais aos quais, por expressa vedação legal (art.122 ECA), somente seriam aplicáveis medidas em meio aberto, a prescrição antes da sentença deve ser calculada com base no prazo de 6 meses (mínimo para liberdade assistida a máximo para prestação de serviços a comunidade) e, portanto, aplicados os artigos 109 e 115 do CP. CAROLINA RANGEL NOGUEIRA	36
2.1.5 SÚMULA: É vedado à defesa concordar com a aplicação ou manutenção da medida privativa de liberdade em sede de processo de conhecimento e de execução. CAROLINA RANGEL NOGUEIRA	42
2.1.6 SÚMULA: AUDIÊNCIA UNA – CONFISSÃO DO ADOLESCENTE (ÚNICA PROVA) E APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. Tal situação viola sobremaneira o princípio do sistema acusatório, em que compete à acusação o ônus da prova, bem como o devido processo legal, nos termos da Súmula 342 do STJ. CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro	45
2.1.7 SÚMULA: Deve a defesa insurgir-se contra a internação provisória imposta ao adolescente, nas hipóteses em que, em tese, não seria possível a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do rol taxativo do art. 122 do ECA. CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro	46
2.1.8 SÚMULA: O prazo máximo previsto no artigo 108, caput e 183, ambos da Lei nº 8.069/90, para a conclusão do procedimento de apuração de ato infracional, estando o adolescente internado provisoriamente, tem como termo a quo a data da apreensão do adolescente, sendo tal prazo improrrogável. CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro	48

2.1.9 SÚMULA: Para a contagem dos prazos previstos nos parágrafos 2º e 5º do artigo 121 da Lei nº 8.069/90 (aplicáveis também, ao regime de semiliberdade, ex vi do artigo 120, § 2º), computa-se o prazo da internação provisória, aplicando-se por analogia o instituto da detração (artigo 42 do CP) em obediência ao princípio constitucional da BREVIDADE (artigo 227, § 3º, V da CRFB).
CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro.....51

2.1.10 SÚMULA: Em caso de descumprimento de medida socioeducativa anteriormente imposta, não cabe, nem em caráter provisório, a internação do adolescente antes de sua oitiva judicial, sob pena de constrangimento ilegal.
CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro.....52

2.1.11 SÚMULA: 18 ANOS E SEMILIBERDADE - NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. É vedado o cumprimento de medida de semiliberdade após os 18 anos, por falta de previsão legal (art. 120, § 2º c/c artigo 121, § 5º e artigo 2, parágrafo único, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente), não sendo cabível a analogia in malam partem.
CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro.....53

2.1.12 SÚMULA: A ausência de laudo toxicológico definitivo deve ser causa de improcedência da representação do Ministério Público porque inexistente a comprovação da materialidade do ato infracional (Lei 11.343/2006).
CDEDICA - Defensoria Pública do Rio de Janeiro.....55

2.2 TESES CÍVEIS

2.2.1 SÚMULA: São requisitos prévios específicos para propositura da ação de destituição do poder familiar:

1. Laudo pericial prévio da equipe técnica com a constatação da impossibilidade de reintegração familiar da criança ou do adolescente, e com o esclarecimento das medidas utilizadas para esgotar os meios de manutenção na família natural ou extensa, submetido ao crivo do contraditório – art. 24, ECA;

2. Decisão fundamentada da autoridade judiciária no sentido da impossibilidade da reintegração familiar – Art. 101 §§ 9º e 10 c/c Art. 19, § 1º do ECA.
WELLERSON EDUARDO DA SILVA CORRÊA.....61

2.2.2 SÚMULA: É cabível a atuação da Defensoria Pública, por meio de seus representantes em legitimação extraordinária na tutela individual das crianças e adolescentes.
ARTHUR CORRÊA DA SILVA NETO.....62

2.2.3 SÚMULA O Defensor Público deverá exercer o múnus de Curador Especial na defesa dos interesses individuais e coletivos de crianças e adolescentes, mormente nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 142 e letra “F”, do parágrafo único, do art. 148, c/c art. 98, todos da Lei 8.069/90, atuando como representante processual do infante nos autos dos processos em trâmite, bem como na qualidade de legitimado extraordinário para deflagrar qualquer ação que assegure os interesses destes sujeitos de direitos, garantindo-lhes o pleno acesso à justiça e igualdade na relação processual.
LETÍCIA ADALGISA DA SILVEIRA ZECCA SCHNEIDER.....68

2.2.4 SÚMULA: Deve ser argüida a nulidade absoluta de sentença que julga antecipadamente ação de destituição do poder familiar na qual o réu é preso ou revel citado por edital, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INACIO.....98

2.2.5 SÚMULA: Os elementos produzidos no curso do procedimento verificatório/ administrativo, sem observância do devido processo legal, não se prestam como único fundamento da sentença de destituição do poder familiar.
GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INACIO.....100

2.2.6 SÚMULA: O indeferimento de diligência tendente à localização do réu postulada por curador especial em ação de destituição do poder familiar gera nulidade processual absoluta, com fulcro no parágrafo único do artigo 158 do ECA.
GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INACIO.....103

2.2.7 SÚMULA: Na hipótese do inciso III, § 13, do art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o candidato à adoção domiciliado no Brasil não cadastra-se previamente nos termos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente poderá ter deferida a adoção se detiver comprovada guarda de fato de criança ou adolescente e laços de afinidade e afetividade, em conformidade com a proteção integral.
JULIANA SPURI BERNARDI.....105

2.2.8 SÚMULA: Apesar da primazia da adoção cadastral e impessoal estabelecida no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o rol trazido no § 13 do mencionado dispositivo não pode ser considerado taxativo em observância ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente.
JULIANA SPURI BERNARDI.....106

3. ARTIGOS TEMÁTICOS

3.1 A Defensoria Pública no Brasil & os Novos Rumos Internacionais da Defesa Técnica de Crianças e Adolescentes.
WANDERLINO NOGUEIRA NETO.....109

3.2 CONSTITUIÇÃO, ESTATUTO E OS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI
Alguns desafios da defesa para garantia de direitos.
ALIRA CRISTINA FERNANDES DE MENEZES.....119

3.3 A Prioridade Absoluta dos Direitos Infanto-Juvenis à Luz do Princípio Constitucional da Igualdade.
CLAUDIA APARECIDA DE CAMARGO BARROS.....122

3.4 Efetivação das Medidas Sócio-Educativas: Garantia de Direitos e Promoção da Cidadania.
MARIA CARMEN DE ALBUQUERQUE NOVAES.....134

3.5 Educação: Solução para o Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa.
NADIA MARIA BENTES.....135

3.6 Impossibilidade de Aplicação da Internação Prevista no art. 122, III, do ECA, no Caso de Descumprimento de Medida Socioeducativa Aplicada em Sede de Remissão.
GIULIANO D'ANDREA.....142



1. Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude

I DIAGNÓSTICO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS COM ATUAÇÃO NA INFÂNCIA E JUVENTUDE ASPECTOS RELEVANTES DIAGNOSTICADOS JUNTO A DEFENSORIAS PÚBLICAS PARTICIPANTES DO CONGRESSO

DA QUANTIDADE DE DEFENSORES PÚBLICOS

1.1 Quantos Defensores Públicos no total existem no estado (cargos ocupados):

1.2 Quantos Defensores públicos com exclusividade atuam com infância e juventude:

1.3 Dentre os Defensores Públicos que atuam com exclusividade na infância e juventude, quantos:

- a) Atuam somente com ato infracional (conhecimento e execução):
- b) Atuam somente com civil/proteção:
- c) Acumulam nas duas áreas:

1.4 Quantos Defensores públicos atuam acumulando com infância e juventude:

UF	1.1	1.2	1.3 a	1.3 b	1.3 c	1.4
Amazonas	48	2	1	1	S/R	0
Bahia	200	6	1	1	4	S/R
Ceará	286	4	1	0	3	S/R
Distrito Federal	188	12	8	3	0	0
Maranhão	51	2	0	0	2	7
Mato Grosso	117	3	1	1	1	68
Minas Gerais	446	12	4	2	6	113
Pará	258	8	4	3	1	119
Paraíba	297	3	1	3	0	2
Pernambuco	S/R	7	1	0	7	1
Piauí	88	2	1	1	1	45
Rio de Janeiro	740	41	14	12	15	76
Rio Grande do Norte	38	1	1	0	0	1
Rio Grande do Sul	367	10	7	3	S/R	39
São Paulo	431	22	12	0	10	36
Tocantins	98	3	0	0	3	49

COMENTÁRIOS: Observa-se a o que princípio da prioridade absoluta também requer maior investimento na criação de cargos direcionados à defesa técnica na infância e juventude.

CRIAÇÃO DE NUCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

2.1 Há Núcleo ou Coordenadoria da infância e juventude criado e implementado?

(69%*) sim (31%) não

2.2. Em caso positivo, dentre as atividades do Núcleo da Infância e Juventude, pode-se constatar que o Núcleo da Infância e Juventude:

I. Presta suporte e auxílio no desempenho da atividade funcional dos membros da instituição?

(90%) sim (10%) não

II. Realiza eventos e cursos com as temáticas da infância e juventude

(55%) sim (45%) não



III. Organiza encontros periódicos para elaboração de teses institucionais específicas na infância e juventude

(36%) sim (64%) não

IV. Realiza produção doutrinária dos Defensores Públicos da infância e juventude?

(73%) sim (27%) não

V. Fornece subsídios aos órgãos de planejamento quanto aos recursos humanos e materiais necessários ao cumprimento pleno das atribuições da defensoria na defesa da criança e do adolescente, zelando pela observância, no âmbito da instituição, do princípio da prioridade absoluta.

(82%) sim (18%) não

VI. Representa a instituição perante conselhos de direitos, por qualquer de seus membros, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado.

(82%) sim (18%) não

UF	2.1	2.2 I	2.2 II	2.2 III	2.2 IV	2.V	2. VI
Amazonas	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Bahia	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	SIM	SIM
Ceará	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Distrito Federal	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Maranhão	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	NÃO
Mato Grosso	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	SIM
Minas Gerais	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Pará	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM
Paraíba	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	SIM
Pernambuco	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Piauí	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	SIM	SIM
Rio de Janeiro	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
Rio Grande do Norte	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
São Paulo	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
Tocantins	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	SIM

COMENTÁRIOS: Importante a convergência de esforços institucionais na implementação e implantação dos Núcleos e/ou Coordenadoria Especializadas na infância e juventude.

3.1 Há Defensores Públicos em todas as comarcas/regionais que possuem unidades de internação de adolescentes?

(81%) sim (19%) não

3.2 Quantas unidades de internação existem na capital? Resposta na tabela a seguir.

3.3 Quantas unidades de semi-liberdade existem na comarca da capital? Resposta na tabela a seguir.

3.4 Há unidades de internação no interior?

(63%) sim (37%) não

3.5 Quantas unidades de internação existem no interior? Resposta na tabela a seguir.

3.6 Há unidades de semi-liberdade no interior?

(69%) sim (31%) não

3.7 Quantas unidades de semi-liberdade existem no interior? Resposta na tabela a seguir.

3.8 Há execução de medidas sócio-educativas que por motivos estruturais da Defensoria Pública não é acompanhada por defensores públicos?

(50%)sim (50%) não

3.9 Há Defensores Públicos no atendimento aos flagrantes de adolescentes apreendidos nas Delegacias Especializadas na matéria na Capital?

(50%)sim (50%) não

3.10 Há Defensores Públicos no atendimento aos flagrantes de adolescentes apreendidos nas Delegacias Especializadas na matéria no interior?

(12,5%)sim (62,5%) não (25%) não responderam

3.11 Há Defensores Públicos de plantão no atendimento aos flagrantes de adolescentes apreendidos nas Delegacias durante o fim-de-semana.

(44%)sim (56%) não

UF	3.1	3.2	3.3	3.4	3.5	3.6	3.7	3.8	3.9	3.10	3.11
Amazonas	NÃO	2	1	NÃO	0	NÃO	S/R	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Bahia	SIM	2	2	SIM	1	SIM	8	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Ceará	SIM	6	1	NÃO	S/R	SIM	4	S/R	SIM	S/R	NÃO
Distrito Federal	SIM	4	2	NÃO	S/R	NÃO	S/R	SIM	NÃO	S/R	SIM
Maranhão	SIM	1	1	NÃO	S/R	SIM	1	SIM	SIM	S/R	SIM
Mato Grosso	SIM	1	0	NÃO	0	NÃO	0	NÃO	SIM	S/R	SIM
Minas Gerais	SIM	7	7	SIM	12	SIM	2	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pará	SIM	7	2	SIM	2	SIM	1	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Paraíba	NÃO	2	1	SIM	2	NÃO	S/R	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Pernambuco	SIM	1	3	SIM	4	SIM	5	SIM	SIM	SIM	SIM
Piauí	SIM	2	1	NÃO	0	NÃO	0	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Rio de Janeiro	SIM	5	5	SIM	1	SIM	12	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Norte	SIM	3	2	SIM	4	SIM	2	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	SIM	6	0	SIM	7	SIM	8	NÃO	SIM	NÃO	SIM
São Paulo	NÃO	31	14	SIM	61	SIM	7	SIM	SIM	SIM	SIM
Tocantins	SIM	1	1	SIM	2	SIM	2	NÃO	SIM	NÃO	SIM



DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR

4.1 Há equipe multidisciplinar que auxiliam os Defensores Públicos da infância e juventude?

(31%) sim (69%) não

4.2 Em caso positivo:

I. É com exclusividade?

(60%) sim (40%) não

II. Esta equipe multidisciplinar é formada por

Pedagogo Assistente social

Psicólogo Outros _____

UF	4.1	4.2 I	4.2 II - PEDAGOGO(A)	4.2 II - PSICÓLOGO(A)	4.2 II - ASSISTENTE SOCIAL	4.2 II - OUTROS
Amazonas	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Bahia	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Ceará	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Distrito Federal	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Maranhão	SIM	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO
Mato Grosso	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Minas Gerais	SIM	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Pará	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SOCIÓLOGA
Paraíba	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Pernambuco	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Piauí	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Rio de Janeiro	SIM	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO
Rio Grande do Norte	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Rio Grande do Sul	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
São Paulo	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	NÃO
Tocantins	NÃO	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A

COMENTÁRIOS: Observa-se que em 70% dos estados participantes deste diagnóstico não há equipe multidisciplinar atuando nos Núcleos da Infância e Juventude.

Há necessidade de investimento institucional para realização de concursos públicos visando o preenchimento destas equipes.

5.1 Na atuação do Defensor Público com atribuição exclusiva ou acumulativa:

I. Existe orientação institucional para visitas nas unidades de internação?

(75%) sim (25%) não

II. Caso positivo, há periodicidade nas visitas?

(92%) sim (8%) não

III. Existe orientação institucional para visitas nas unidades de acolhimento institucional?

(50%) sim (50%) não

IV. Caso positivo, há periodicidade nas visitas?

(62,5%) sim (37,5%) não

UF	5.1 I	5.1 II	5.1 III	5.1 IV
Amazonas	NÃO	N/A	NÃO	N/A
Bahia	SIM	SIM	SIM	NÃO
Ceará	NÃO	N/A	NÃO	N/A
Distrito Federal	SIM	SIM	NÃO	N/A
Maranhão	SIM	SIM	SIM	NÃO
Mato Grosso	SIM	SIM	NÃO	N/A
Minas Gerais	NÃO	N/A	NÃO	N/A
Pará	SIM	SIM	SIM	SIM
Paraíba	SIM	SIM	SIM	SIM
Pernambuco	SIM	SIM	NÃO	NÃO
Piauí	SIM	SIM	SIM	SIM
Rio de Janeiro	SIM	SIM	SIM	SIM
Rio Grande do Norte	NÃO	N/A	NÃO	N/A
Rio Grande do Sul	SIM	NÃO	NÃO	N/A
São Paulo	SIM	SIM	SIM	NÃO
Tocantins	SIM	SIM	SIM	SIM

COMENTÁRIOS: Após a lei 12.010/09 houve forte investimento na atuação do defensor público na seara protetiva, em especial nas medidas de acolhimento institucional, culminando em adaptações institucionais em favor da convivência familiar e comunitária.

6.1 No concurso público para Defensor Público, a disciplina infância e juventude é prevista no edital?

(75%)sim (25%) não

6.2 Caso positivo,

(50%) é matéria com peso igual a todas as matérias

(50%) é prevista "dissolvida" nas outras disciplinas.

UF	6.1	6.2
Amazonas	NÃO	N/A
Bahia	NÃO	N/A
Ceará	SIM	DISSOLVIDA
Distrito Federal	SIM	DISSOLVIDA
Maranhão	SIM	PESO IGUAL
Mato Grosso	SIM	PESO IGUAL
Minas Gerais	SIM	DISSOLVIDA
Pará	SIM	DISSOLVIDA
Paraíba	NÃO	N/A
Pernambuco	SIM	PESO IGUAL
Piauí	SIM	PESO IGUAL
Rio de Janeiro	SIM	DISSOLVIDA
Rio Grande do Norte	SIM	DISSOLVIDA
Rio Grande do Sul	SIM	PESO IGUAL
São Paulo	SIM	PESO IGUAL
Tocantins	NÃO	N/A



COMENTÁRIOS: Com o intuito do fortalecimento da INFÂNCIA, deve-se sugerir que, para os próximos concursos públicos de provimento de cargo de Defensor Público, haja alteração da disciplina infância e juventude para peso igual as demais matérias, nos estados onde consta como matéria “dissolvida” nas outras disciplinas.

7.1 Após a vigência da lei 12.010 /09 existiram esforços institucionais para maior atuação dos Defensores Públicos na garantia do direito à convivência familiar e comunitária?

(62,5%) sim (37,5%) não

7.2 Em caso positivo,

I. Estão ou irão ocorrer as audiências de reavaliação das medidas de acolhimento institucional na capital?

(50%) sim (50%) não

II. Estão ou irão ocorrer as audiências de reavaliação das medidas de acolhimento institucional no interior?

(30%) sim (70%) não

III. Há a instalação do procedimento judicial com direito à defesa e contraditório quando determinado o acolhimento institucional?

(20%) sim (30%) não (50%) não observada integralmente

7.3 É utilizada com frequência o instituto de curadoria de crianças e adolescentes para buscar a proteção e/ou defesa na capital?

(25%) sim (37%) não (38%) ainda em implantação

7.4 É utilizada com frequência o instituto de curadoria de crianças e adolescentes para buscar a proteção e/ou defesa no interior?

(0%) sim (75%) não (25%) ainda em implantação

7.5 No cumprimento das atribuições, o defensor público busca acionar a política pública da assistência social através dos CRAS e CREAS na capital?

(37,5%) sim (37,5%) não (25%) pouca frequência

7.6 No cumprimento das atribuições, o defensor público busca acionar a política pública da assistência social através dos CRAS e CREAS no interior?

(25%) sim (25%) não (50%) pouca frequência

COMENTÁRIOS: Importante maior aproximação dos defensores públicos com a política pública da assistência social e a responsabilidade na garantia da proteção integral a infância e juventude.

UF	7.1	7.2 I	7.2 II	7.2 III	7.3	7.4	7.5	7.6
Amazonas	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	POUCA FREQUÊNCIA	POUCA FREQUÊNCIA
Bahia	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Ceará	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Distrito Federal	SIM	NÃO	NÃO	NÃO OBSERVADA INTEGRALMENTE	SIM	NÃO	NÃO	N/A
Maranhão	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM
Mato Grosso	NÃO	N/A	N/A	N/A	NÃO	NÃO	SIM	SIM
Minas Gerais	NÃO	N/A	N/A	SIM	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	NÃO	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA
Pará	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	NÃO	SIM	POUCA FREQUÊNCIA
Paraíba	NÃO	SIM	SIM	NÃO OBSERVADA INTEGRALMENTE	SIM	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	POUCA FREQUÊNCIA	POUCA FREQUÊNCIA
Pernambuco	SIM	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	SIM	POUCA FREQUÊNCIA
Piauí	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO OBSERVADA INTEGRALMENTE	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	NÃO	SIM	SIM
Rio de Janeiro	SIM	SIM	NÃO	NÃO OBSERVADA INTEGRALMENTE	SIM	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	SIM	POUCA FREQUÊNCIA
Rio Grande do Norte	NÃO	N/A	N/A	N/A	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	SIM	NÃO	SIM	NÃO OBSERVADA INTEGRALMENTE	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	AINDA EM IMPLANTAÇÃO	POUCA FREQUÊNCIA	POUCA FREQUÊNCIA
São Paulo	SIM	SIM	SIM	NÃO OBSERVADA INTEGRALMENTE	NÃO	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	POUCA FREQUÊNCIA
Tocantins	SIM	SIM	NÃO	NÃO OBSERVADA INTEGRALMENTE	NÃO	NÃO	NÃO	SIM

8.1 O processo de municipalização das medidas sócio-educativas foi cumprido integralmente em todo o Estado?

(12%) sim (88%) não

8.2 Existem unidades de tratamento às crianças e adolescentes em situação de drogadição na capital?

(12%) sim (19%) não (69%) insuficiente

8.3 Existem unidades de tratamento às crianças e adolescentes em situação de drogadição no interior?

(6,25%) sim (37,25%) não (56,25%) insuficiente



8.4 Em relação às internações, qual a frequência de decisões judiciais que internam por tráfico primário de entorpecentes ou crime sem violência ou grave ameaça na capital?

(12,5%) alta (25%) regular (62,5%) baixa (0%) inexistente

8.5 Em relação às internações, qual a frequência de decisões judiciais que internam por tráfico primário de entorpecentes ou crime sem violência ou grave ameaça no interior?

(44%) alta (37,5%) regular (12,5%) baixa (0%) inexistente (6%) não responderam

UF	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5
Amazonas	NÃO	INSUFICIENTE	INSUFICIENTE	REGULAR	REGULAR
Bahia	NÃO	NÃO	NÃO	BAIXA	REGULAR
Ceará	NÃO	INSUFICIENTE	INSUFICIENTE	BAIXA	REGULAR
Distrito Federal	SIM	INSUFICIENTE	NÃO	ALTA	S/R
Maranhão	NÃO	INSUFICIENTE	SIM	BAIXA	REGULAR
Mato Grosso	SIM	INSUFICIENTE	INSUFICIENTE	ALTA	REGULAR
Minas Gerais	NÃO	INSUFICIENTE	NÃO	REGULAR	ALTA
Pará	NÃO	INSUFICIENTE	NÃO	BAIXA	BAIXA
Paraíba	NÃO	INSUFICIENTE	INSUFICIENTE	BAIXA	ALTA
Pernambuco	NÃO	SIM	INSUFICIENTE	BAIXA	REGULAR
Piauí	NÃO	SIM	INSUFICIENTE	BAIXA	ALTA
Rio de Janeiro	NÃO	INSUFICIENTE	INSUFICIENTE	BAIXA	ALTA
Rio Grande do Norte	NÃO	NÃO	NÃO	BAIXA	ALTA
Rio Grande do Sul	NÃO	INSUFICIENTE	INSUFICIENTE	REGULAR	ALTA
São Paulo	NÃO	INSUFICIENTE	INSUFICIENTE	REGULAR	ALTA
Tocantins	NÃO	NÃO	NÃO	BAIXA	BAIXA

9.1 Há orientação institucional, através de deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública, que instrumentaliza o respeito à prioridade absoluta das crianças e adolescentes na Defensoria Pública?

(13%) sim (87%) não

9.2 Os Defensores Públicos, isoladamente ou através do Núcleo, pautam no Conselho Superior da Defensoria Pública as demandas políticas e institucionais da infância e juventude?

(6%) sim (13%) não (81%) pouca frequência

9.3 Existem parcerias públicas e privadas (convênios) da Defensoria Pública na área da infância e juventude?

(50%) sim (50%) não Caso positivo, com quem? _____

9.4 Há projeto institucional para receber adolescente a cumprir prestação de serviço à comunidade na Defensoria Pública?

(25%) sim (75%) não

9.5 Existem representantes da Defensoria Pública na Comissão Especial de Promoção e defesa dos direitos da criança e adolescente do CONDEGE?

(81%) sim (19%) não

9.6 Há estímulo institucional para participação em eventos nacionais de formação na área da infância e juventude?

(81%) sim (19%) não

9.7 Há participação da Defensoria Pública* em projetos de Justiça Restaurativa?

(44%) sim (50%) não (6%) não responderam

9.8 Há projeto/programa institucional da Defensoria Pública* contra a violência sexual de crianças e adolescentes?

(13%) sim (81%) não (6%) não responderam

Caso positivo, qual o nome e desde quando?

9.9 Há projeto/programa institucional da Defensoria Pública * na garantia de direitos de crianças e adolescentes com deficiência?

(12,5%)sim (87,5%) não

Caso positivo, qual o nome e desde quando?

9.10 Há projeto/programa institucional da Defensoria Pública * na garantia de direitos de crianças e adolescentes em situação de rua?

(0%)sim (100%) não

Caso positivo, qual o nome e desde quando?

9.11 Há projeto/programa institucional da Defensoria Pública * na garantia de direitos de crianças e adolescentes homossexuais?

(0%)sim (100%) não

Caso positivo, qual o nome e desde quando?

9.12 Há projeto/programa institucional da Defensoria Pública * na garantia de direitos de crianças e adolescentes indígenas, quilombolas, regiões de fronteira e/ou outros?

(0%)sim (94%) não (6%) não responderam

Caso positivo, qual o nome e desde quando?

9.13 Há projeto/programa institucional da Defensoria Pública * na garantia de direitos de crianças e adolescentes em situação trabalho infantil?

(0%)sim (100%) não

Caso positivo, qual o nome e desde quando?

9.14 Há projeto/programa institucional da Defensoria Pública * para fortalecimento da parceria com os Conselhos Tutelares?

(25%) sim (62,5%) não (12,5%) não responderam

Caso positivo, qual o nome e desde quando?

*Independente de compromisso pessoal do(a) Defensor(a) Público(a).

COMENTÁRIOS: O presente questionário não reproduz as diversas iniciativas individuais e louváveis dos defensores públicos que atuam nas respectivas comarcas.



UF	9.1	9.2	9.3	9.4	9.5	9.6	9.7	9.8	9.9	9.10	9.11	9.12	9.13	9.14
Amazonas	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Bahia	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	S/R	NÃO	S/R
Ceará	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	NÃO	SIM	SIM	S/R	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Distrito Federal	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Maranhão	SIM	ALTA	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Mato Grosso	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Minas Gerais	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Pará	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraíba	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Pernambuco	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	S/R	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	S/R
Piauí	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	SIM	NÃO	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Rio de Janeiro	NÃO	REGULAR	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rio Grande do Norte	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
São Paulo	SIM	REGULAR	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Tocantins	NÃO	POUCA FREQUÊNCIA	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO



TESES INSTITUCIONAIS INFÂNCIA E JUVENTUDE INFRACIONAL



2.1.1 SÚMULA: Não cabe medida socioeducativa de internação por ato infracional de tráfico de entorpecentes, exceto nos casos de reiteração em ato infracional grave, ou seja, se ocorrer o cometimento de 3 (três) ou mais infrações graves, conforme ressalta a jurisprudência do STJ.

GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INÁCIO
Defensora Pública do Estado de São Paulo

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

O *caput* do artigo 121 da Lei 8069/90 prevê que a medida socioeducativa de internação submete-se ao princípio da excepcionalidade. Neste mesmo sentido é o disposto no artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal quanto às medidas sócio-educativas em meio fechado.

Isso se dá porque tais medidas são as mais graves das previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois privam o adolescente de seus direitos de liberdade de ir e vir bem como o de convivência com a família e com a comunidade, os quais são estabelecidos expressamente no *caput* do citado dispositivo constitucional.

O artigo 122 da Lei 8069/90 estabelece rol taxativo dos casos em que cabe a medida socioeducativa de internação, e, por ser restritivo de direitos, deve ser o aludido dispositivo interpretado restritivamente. Dispõe este dispositivo: “*a medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta*” (grifos nossos). A expressão “só poderá ser aplicada quando” já indica que, como acima exposto, trata-se de rol taxativo.

Além disso, o parágrafo 2º do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

Assim, da análise do princípio da excepcionalidade que norteia a aplicação da medida socioeducativa de internação, bem como dos dispositivos acima citados, conclui-se que tal medida somente poderá ser aplicada se presente alguma das hipóteses taxativas do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente acima citadas e desde que outra medida mais branda não seja adequada ao caso concreto.

Há muita polêmica, no Estado de São Paulo, quanto a aplicação das medidas socioeducativas nos casos em que o ato infracional praticado é o de tráfico de entorpecentes. Existe posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que tal ato seria extremamente grave, tanto que equiparado a crime hediondo para o adulto que pratique a mesma conduta, de modo que a violência potencial a toda a sociedade autorizaria a aplicação da medida socioeducativa de internação com fundamento no inciso I do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, como acima já citado, o rol do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente é taxativo, tanto que seu *caput* é expresso ao dizer a medida sócio-educativa de internação **só** poderá ser aplicada nos casos nele previstos. Sendo rol taxativo, não se pode admitir interpretação extensiva, como a que quer abarcar o tráfico de entorpecentes, conduta esta que, em seu tipo penal correspondente, não tem qualquer elemento de violência ou grave ameaça à pessoa.

Além disso, o princípio da excepcionalidade que norteia as medidas socioeducativas em meio fechado também indica que a interpretação das hipóteses de cabimento de tais medidas deve ser restritiva.

Conforme Cury, Garrido e Marçura, em Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado, o ato infracional em apreço não pode dar ensejo à internação: “*a violência deve integrar o*

tipo penal, afigurando-se incorreta a determinação de internação de adolescente primário por tráfico de entorpecentes, sob o argumento de violência à sociedade, mesmo porque todo e qualquer ato infracional revela desvalor social”.

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seja adepto a primeira corrente aqui exposta, é possível encontrar posicionamentos isolados no sentido aqui defendido, vejamos:

“ATO INFRACIONAL – Tráfico de drogas – Internação – Pretensão de absolvição, desclassificação do ato, ou abrandamento da medida – Prova suficiente da autoria e materialidade da infração – Admissão da posse do entorpecente – Negativa do tráfico desmentida pelos demais elementos de prova – Prova oral a confirmar a apreensão em local de tráfico – Denúncias aos policiais sobre o desenvolvimento do tráfico, pelo adolescente – Apreensão de 22 porções de crack – Quantidade e forma de acondicionamento, compatíveis com a mercancia – Ato que pressupõe violência contra toda a sociedade, principalmente por atingir a sua população mais jovem e vulnerável – Condições pessoais contudo favoráveis a ressocialização em medida mais branda – Primariedade – Bons antecedentes e respaldo familiar – Suficiência da liberdade assistida, com medida de proteção – Provimento parcial de apelação (Apelação 09.229863-2 da Comarca de Sorocaba – TJ/SP, Des. Maria Olívia Alves, v.u., j. 22/03/10).

“MENOR - Habeas Corpus – procedência de representação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Aplicação de internação – Alegada violação do princípio da excepcionalidade da medida sócio-educativa – Declaração da ilegalidade decorrente da inobservância das hipóteses taxativas, previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Ordem concedida.

O decreto de internação fundado na natureza do ato infracional não conta com amparo legal, ainda que inequívoca a sua gravidade e potencialidade lesiva.

Se o diploma legal que rege a forma de ressocialização do menor infrator não prevê para a hipótese a imposição de medida mais gravosa, ao Judiciário não é dado alterar o comando da vontade do legislador; trata-se de princípio básico de hermenêutica.

(...) De remate, o paciente não registra antecedentes, e, portanto, não se cogita de manutenção da medida sócio-educativa com fundamento no inciso II, do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por tais sucessos, inadequada a medida sócio-educativa de internação, vislumbrando-se, conseqüentemente, o constrangimento ilegal autorizador do acolhimento do remédio heróico” (TJ, HC nº 158.672-0/4-00, Cam. Esp., voto vencido, Rel Des. Eduardo Pereira Santos, j. 14.4.2008). Ainda:

“MENOR. INTERNAÇÃO. PRÁTICA DE FURTO QUALIFICADO TENTADO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE TÉCNICA. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA APLICADA FORA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ORDEM CONCEDIDA PARA SUBSTITUIR A INTERNAÇÃO POR LIBERDADE ASSISTIDA. Voto vencido.

A internação imposta não guarda correlação com os atos infracionais prati-

cados, a rigor do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que cuida, sabidamente, de rol taxativo para a medida de segregação.

Questões de política criminal ou de interpretação analógica não podem ser usadas para adequar o conteúdo da lei à realidade social se importam em prejuízo ao acusado, seja ele réu ou representado, como no caso dos autos. É regra elementar de hermenêutica.

Se o estatuto que rege a forma de ressocialização do menor infrator, imposto pelo Estado, não prevê para a hipótese a imposição de medida mais gravosa, ao Judiciário não é dado alterar o comando da vontade do legislador.

A matéria encontra-se pacificada junto ao C. Superior Tribunal de Justiça (RHC 21400/SP, HC 76332/SP), bem como junto ao C. Supremo Tribunal Federal (HC 89326, HC 88748)” - TJ/SP, HC 157.955-0, Sorocaba, Des. Eduardo Pereira Santos, 05.05.2008.

Também no mesmo sentido é a declaração de voto vencido do mesmo relator acima citado no julgamento do HC nº 158.112-0/0 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça com julgamento em 14.4.2008.

Já o Superior Tribunal de Justiça, na análise do tema, tem se posicionado no sentido aqui defendido:

“(…) é exaustiva a enumeração das hipóteses legais de imposição da medida de internação, incabendo toda e qualquer interpretação extensiva ou aplicação analógica de norma, mormente porque em prejuízo da liberdade.

Desse modo, mesmo em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, ainda que considerado equiparado a hediondo, não se caracterizando hipótese de reiteração na prática do ato infracional, é inaplicável a medida sócio-educativa de internação” (STJ, HC nº 108.427-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.07.2008). Também no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS Nº 108.430 - SP (2008/0128516-0), RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, IMPETRANTE: GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INÁCIO - DEFENSORA PÚBLICA, IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, PACIENTE: R I (INTERNADO). EMENTA - Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação. 2. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 3. Habeas Corpus concedido, para anular o acórdão no tocante à medida de internação, a fim de que outra decisão seja prolatada, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi. Brasília/DF, 11 de setembro de 2008 (Data do Julgamento). NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

¹ Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

Ainda aqui deve ser analisado o disposto no inciso II do artigo 122 do mesmo Estatuto, quanto à impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa de internação ao adolescente pela prática de tráfico de entorpecentes, caso tenha apenas um antecedente.

Tal dispositivo legal, como acima exposto, prevê que é possível a aplicação de medida socioeducativa de internação por reiteração no cometimento de atos infracionais graves, ainda que sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Primeiramente, tendo em vista o princípio constitucional fundamental da presunção de inocência, não podem ser considerados, para configurar a incidência de tal dispositivo legal, processos em andamento ou arquivados. Neste sentido:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO ESTABELECIDO EM RAZÃO DA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. REITERAÇÃO DE CONDUTA INFRACIONAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MALFERIMENTO AO ART. 122 DA LEI 8.069/90. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. 1. A internação, medida sócio-educativa extrema, está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora Paciente, cujo ato infracional – tráfico ilícito de entorpecentes – deu-se sem uso de violência ou grave ameaça à pessoa. Precedentes. 2. Embora o menor possua passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude, nenhuma delas resultou na aplicação da medida sócio-educativa, razão pela qual não resta configurada a reiteração na prática de infrações graves, de sorte a ensejar a imposição da medida extrema. Superior Tribunal de Justiça. 3. Habeas corpus concedido para, cassando o acórdão vergastado, anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente o aguardo da nova decisão em liberdade assistida.” (grifos nossos - HC nº 92.032/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 17/03/2008).

Ainda, com fundamento no princípio da presunção de inocência e também pela disposição expressa do artigo 127 do ECA, eventual remissão concedida ao adolescente não gera antecedentes e, portanto, tais processos não podem ser considerados para fins de reiteração na prática de atos a subsidiar a medida socioeducativa de internação com fundamento no inciso II do artigo 122 do ECA.

Por fim, este dispositivo legal fala em “reiteração”, mas não há norma explicativa no Estatuto em análise quanto ao alcance de tal expressão. É certo, porém, que reiteração não pode ser vista como sinônimo de reincidência, pois o legislador não se utilizaria de expressões diferentes para se referir a sinônimos. Além disso, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente foram criadas a partir de determinação do Código Penal, em seu artigo 27, e, posteriormente, da Constituição Federal, em seu artigo 228, que determinaram ser inimputável o indivíduo que não tivesse completado dezoito anos, pelo que estaria sujeito a legislação especial. É óbvio que tal legislação especial deve dar tratamento mais brando ao adolescente, já que pessoa em desenvolvimento, de modo que a interpretação de tal Estatuto deve-se harmonizar com tal princípio.

Portanto, para configurar a reincidência, falando-se em termos bastante genéricos, basta uma conduta anterior, com sentença transitada em julgado. Entretanto, tendo em vista os argumentos acima citados, deve-se interpretar que, para ser considerada reiteração, são necessárias duas condutas anteriores, e, observando-se o Princípio da presunção da inocência, obvia-

mente necessária a declaração de que foram praticadas pelo adolescente por sentença transitada em julgado.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Deve-se observar que o primeiro acórdão abaixo transcrito é até mais abrangente que o entendimento aqui defendido, já que fala em três atos anteriores:

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE REITERAÇÃO NO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Conforme entendimento sedimentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.862/PA, o fato do Tribunal de Justiça Paulista não ter conhecido do writ ali impetrado, não impede que esta Corte analise a questão de mérito nele posta, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do Habeas Corpus, não se exige o chamado questionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal coator.*

2. *Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação.*

3. **A reiteração prevista nos incisos II e III do art. 122 do ECA, não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, 3 atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente.**

4. *Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.*

5. *Habeas Corpus concedido para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à medida de internação, a fim de que outro decisum seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado (HC 97.108/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21.02.2008, DJ 10.03.2008 p. 1). Ainda no mesmo sentido:*

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A PORTE ILEGAL DE ARMA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

I - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes).

II - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma não enseja, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA (Precedentes).

III - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas apenas 2 (duas) práticas infracionais, tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a aplicação



da referida medida (Precedentes). Ordem concedida” (STJ, HC 99474, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 03.06.2008, DJE 04.08.08 – grifos nossos).

Desta maneira, não é cabível a medida sócio-educativa de internação por ato infracional de tráfico de entorpecente, caso o adolescente não tenha antecedentes (no que se inclui também as hipóteses de processos em andamento, arquivados ou onde foi concedida remissão) ou tenha apenas um antecedente grave.



2.1.2 SÚMULA: A medida socioeducativa de internação só pode ser aplicada nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

CDEDICA

Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

A gravidade do ato infracional, por si só, não pode fundamentar aplicação de MSE de internação, devendo-se observar as hipóteses previstas taxativamente nos incisos 122 do ECA, bem como, se mostrar como única medida adequada para propiciar a ressocialização do adolescente, em atenção ao princípio da excepcionalidade, consagrado no § 2º da Lei nº 8.069/90 (...).

Ainda é muito comum – infelizmente – a aplicação da medida sócio-educativa de internação fora das hipóteses taxativamente previstas em lei (artigo 122).

“(…) Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

*I – tratar-se de ato infracional **cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa**;*

*II – por **reiteração** no cometimento de outras infrações graves;*

*III – por **descumprimento reiterado e injustificável** da medida anteriormente imposta (...).*

As sentenças proferidas pelos juízes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aplicando aos adolescentes medidas sócio-educativas de internação por representações de atos infracionais equiparados aos crimes previstos no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 ensejam a constante impetração de habeas corpus, tendo em vista o notório constrangimento ilegal afirmado nas decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça abaixo colacionada(s):

“(…) HC 148.791 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 26.04.2010

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. **CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU NO TOCANTE À MEDIDA DE INTERNAÇÃO, A FIM DE QUE OUTRO DECISUM SEJA PROLATADO, DEVENDO, ENQUANTO ISSO, PERMANECER O MENOR EM LIBERDADE ASSISTIDA, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER INTERNADO.**

1. A medida de internação por prazo indeterminado é de aplicação excepcional, de modo que somente pode ser imposta ou mantida nos casos taxativamente previstos no art. 122 do ECA, e quando evidenciada sua real necessidade.

2. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a



aplicação da medida sócio-educativa de internação.

3. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

4. Habeas Corpus concedido, apenas para anular a sentença de primeiro grau no tocante à medida de internação, a fim de que outro decisum seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado. (...)”.

No entanto, caso não haja sucesso no Tribunal de Justiça com o habeas corpus impetrado, havendo inicialmente **o indeferimento do pedido de liminar**, recomenda-se a impetração imediata de novo habeas corpus junto ao STJ (contra o indeferimento da liminar), alegando **o justificado afastamento da Súmula nº 691 do STF quando houver evidente constrangimento ilegal**, conforme as jurisprudências abaixo transcritas:

“(…) HC 139.014 – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 19.10.2009

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. WRIT IMPETRADO PERANTE O E. TRIBUNAL A QUO AINDA NÃO APRECIADO. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO PRETÓRIO EXCELSO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I - Hipótese em que a impetração se volta contra decisão monocrática por meio da qual foi indeferido pedido de medida de liminar, ainda não tendo ocorrido o julgamento final do writ no e. Tribunal a quo. A hipótese, de regra, atrairia a incidência da Súmula 691 do Pretório Excelso. **Contudo, verifica-se a flagrante ilegalidade, é possível a concessão da ordem em habeas corpus impetrado contra o indeferimento de liminar.**

II - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA. (Precedentes).

III - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de tráfico de entorpecentes não enseja, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA. (Precedentes).

IV - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves.

(Precedentes).

Habeas corpus concedido (...)”.

“(…) HC 133.864 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 13.09.2009

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO



DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU O PEDIDO DE TUTELA LIMINAR. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO E PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, APENAS PARA ANULAR A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, TÃO-SOMENTE NO TOCANTE À MEDIDA DE INTERNAÇÃO, A FIM DE QUE OUTRO DECISUM SEJA PROLATADO.

1. Não se admite a impetração de Habeas Corpus neste STJ contra decisão monocrática denegatória de liminar em writ anterior, sob pena de indevida supressão de instância, a teor da Súmula 691 do colendo STF.

2. **Todavia, é assente, a possibilidade de mitigação desse enunciado, em hipóteses excepcionais, como no caso em que emergir dos autos situação de flagrante ilegalidade ou de abuso de poder.**

3. **Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação.**

4. **No caso em apreço, verifica-se que a decisão combatida padece de flagrante ilegalidade, uma vez que diverge da orientação já pacificada nesta Corte Superior, ensejando, no caso, a mitigação do enunciado 691/STF.**

5. Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento e pela concessão da ordem de ofício.

6. Ordem não conhecida. Habeas Corpus concedido de ofício, para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à medida de internação, a fim de que outro decisum seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado. (...)”



2.1.3 SÚMULA: REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS E MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. Só é cabível a internação quando ocorrer o cometimento de 03 (três) ou mais infrações graves, conforme ressalta a jurisprudência do STJ.

CDEDICA

Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Determina o artigo 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente o seguinte:

“(...) Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

(...)

*II – por **reiteração** no cometimento de outras infrações graves (...).”;*

Em decorrência da norma positivada no ordenamento jurídico, cumpre sua fiel observância pelos operadores jurídicos, devendo ser respeitada a observância do princípio constitucional da reserva legal.

Portanto, só é cabível a internação quando ocorrer o cometimento de 03 (três) ou mais infrações graves, conforme ressalta a jurisprudência do STJ.

Neste sentido, a jurisprudência abaixo colacionada:

“(...) HC 155.514 – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJe 02.08.2010

EMENTA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REITERAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 227, § 3º, V, DA CF E 122, § 2º, DO ECA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).

2. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).



3. Nos termos da legislação de regência, a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

4. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, “somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo menor, quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais” (HC 39.458/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 9/5/05).

5. Ordem concedida para que outra medida menos gravosa seja aplicada. (...)”



2.1.4 SÚMULA: Para os atos infracionais aos quais, por expressa vedação legal (art.122 ECA), somente seriam aplicáveis medidas em meio aberto, a prescrição antes da sentença deve ser calculada com base no prazo de 6 meses (mínimo para liberdade assistida a máximo para prestação de serviços a comunidade) e, portanto, aplicados os artigos 109 e 115 do CP.

CAROLINA RANGEL NOGUEIRA
Defensora Pública do Estado de São Paulo

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

A Súmula 338 do STJ consolidou o entendimento de que o instituto da prescrição é aplicável às medidas socioeducativas.

A E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo tem acatado esse entendimento admitindo também a aplicação do redutivo previsto no art. 115 do CP, no entanto, vem firmando o entendimento de que, independentemente do ato infracional imputado, o paradigma para o cálculo da prescrição em abstrato é o prazo máximo da medida de internação, ou seja, 3 anos (art. 121, § 3º, ECA).²

Analisa-se abaixo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula os prazos abstratos das medidas socioeducativas, a fim de concluir qual seria o lapso prescricional verificável antes de proferida sentença de mérito. Para tanto, estão expostas algumas das orientações possíveis acerca do tema, sendo a última a mais adequada:

a) Considerar os mesmos prazos prescricionais abstratos da lei penal

A aplicação analógica do Código Penal a fim de integrar a lacuna do Estatuto pode conduzir ao equivocado entendimento de que se devem contar os prazos prescricionais conforme as penas abstratas previstas no Código Penal, com o redutivo da menoridade relativa também por ele previsto.

No entanto, as penas previstas no Código Penal não guardam qualquer relação com o conteúdo ou com os prazos das medidas socioeducativas previstas no Estatuto.

Assim, o equívoco da orientação em comento consiste em considerar limites punitivos diversos daqueles previstos na lei que se pretende integrar, acabando por contrariar seus princípios.

A aplicação deste entendimento enseja a imprescritibilidade de grande parte dos atos infracionais, visto que o prazo prescricional suplantara o limite subjetivo de aplicação do Estatuto, a exemplo da prescrição vintenária.

Há que se considerar que, como limite ao poder punitivo estatal, a prescrição não atende só ao interesse do adolescente, mas também à segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito, de modo que se devem rechaçar interpretações que proibam sua incidência.

b) Considerar como lapso prescricional abstrato o prazo máximo da medida de internação, independentemente do ato infracional imputado, levando qualquer ato infracional a prescrever em 04 anos

Esse é o entendimento evidenciado em acórdãos esparsos proferidos pelo C. STJ e subscrito atualmente pela E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça.

Todo ato infracional – conduta equiparada a crime ou contravenção penal – pres-

² Por todas as decisões, o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 165.834-0/0-00, Rel. Luiz Antonio Rodrigues da Silva, julgado em 01/09/2008.



creveria em 04 anos, considerando a aplicação dos artigos 109, IV e 115 do Código Penal sobre o lapso prescricional abstrato de 03 anos (art. 121, § 3º, ECA).

Esse entendimento também se mostra inadequado diante dos princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora remeta à legislação penal, o conceito de ato infracional (art. 103, ECA) não autoriza que a eleição da medida socioeducativa adequada seja de qualquer forma influenciada pelas penas cominadas aos adultos pelo mesmo fato.

Tal desvinculação atende à finalidade do Estatuto, em consonância com a doutrina da proteção integral, segundo a qual somente é possível a responsabilização do adolescente de maneira a não transgredir seus direitos e considerando sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (art. 100, parágrafo único, incisos I e II do ECA).

Não por outro motivo o art. 112, § 1º do Estatuto estipula que:

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

(...)

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

Assim, ao contrário do que ocorre com o adulto, a escolha da resposta estatal ao adolescente que pratica ato infracional deve considerar não apenas o fato, mas principalmente as condições do adolescente. O juiz deve considerar o quanto o adolescente pode suportar antes de escolher a punição proporcional ao ato cometido, daí a liberdade a ele conferida pelo caput do art. 112, que é limitada objetivamente pelo art. 122 da mesma lei.

A internação, medida de maior grau afliitivo prevista no Estatuto, tem cabimento limitado às hipóteses de seu art. 122, quais sejam, os atos cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou havendo reiteração na prática de atos infracionais graves.

Logo, em respeito à coerência sistemática, o prazo prescricional abstrato da medida de internação deve respeitar as mesmas hipóteses de incidência da própria medida, e isso porque o prazo para o exercício da pretensão socioeducativa deve ser compatível com a intervenção abstratamente possível segundo os limites legais do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, quando os elementos típicos do ato infracional imputado e os antecedentes do adolescente não se enquadrarem nas hipóteses taxativas do art. 122, incisos I e II do ECA, deve-se considerar os prazos informados pelo Estatuto para as medidas socioeducativas em meio aberto.

Ressalte-se que a consolidação do entendimento ora combatido levará a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, justificando o prosseguimento da persecução em face de adolescente por fato que, se adulto fosse, já teria sido alcançado pela prescrição.

Tal situação configuraria tratamento mais rigoroso ao adolescente do que ao adulto, contrariando, inclusive, a normativa internacional de direitos humanos (item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinquência Juvenil - Regras de RIAD)

c) Considerar a medida abstratamente aplicável ao ato infracional e, sendo esta em meio aberto, considerar o lapso prescricional abstrato de 06 meses

Este é o entendimento que melhor se coaduna com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Muito embora não haja cominação secundária abstrata como há na lei penal, o

Estatuto oferece um parâmetro temporal objetivo para o cálculo da prescrição abstrata das medidas em meio aberto.

Considerando que o art. 112 do ECA ordena as medidas socioeducativas segundo seu grau de afluência, temos que a medida de prestação de serviços à comunidade precede a de liberdade assistida (art. 112, III e IV, ECA) e o mesmo ocorre com seus prazos abstratos.

Nos termos do art. 117 do Estatuto, **a medida de prestação de serviços à comunidade tem prazo máximo de 06 meses**, e a de **liberdade assistida**, segundo o art. 118, § 2º do Estatuto, tem **prazo mínimo de 06 meses**, passível de prorrogação diante do cumprimento inadequado da medida. Por fim, as medidas de advertência e reparação de danos não comportam prazo.

A indeterminação do prazo máximo para a medida de liberdade assistida não impede a incidência da prescrição, visto que a prorrogação é condicionada a evento futuro e incerto, de modo que a prorrogação não pode ser considerada abstratamente.

Dito de outra forma, enquanto não se verifica a condição autorizadora da prorrogação, a medida de liberdade assistida tem prazo determinado de 06 meses.

Logo, o Estatuto sinaliza que, tratando-se de medida em meio aberto, deve-se tomar abstratamente o prazo de 06 meses.

Aliás, dando alguma objetividade ao princípio constitucional da brevidade, em relação à medida de internação o Estatuto sinaliza que o prazo de 06 meses é o período máximo em que o adolescente deve ser submetido à avaliação psicossocial, a fim de verificar se a privação de liberdade continua sendo adequada à sua demanda socioeducativa atualizada (art. 121, § 2º do ECA).

Cumprido lembrar que o art. 6º do ECA estabelece como chave interpretativa desse sistema especial a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento; assim, as transformações pelas quais o adolescente passa nesta fase conturbada de sua vida devem ser consideradas.

A fim de instrumentalizar a interpretação da prescrição conforme a situação peculiar do adolescente, os dados acima evidenciam claramente que o ECA elege o prazo de 06 meses como parâmetro temporal objetivo para que as medidas em meio aberto e mesmo a de internação surtam seus efeitos.

Entretanto, o objetivo pedagógico das medidas não seria realizado não fosse a indeterminação temporal das medidas (exceto a de prestação de serviços à comunidade) que permite sejam prorrogadas ou extintas, conforme a reavaliação da demanda socioeducativa.

Este esforço interpretativo não configura manobra em favor da impunidade, mas a aplicação do instituto da prescrição em conformidade com o princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento do adolescente.

Isto porque, a adolescência é uma fase marcada pela transgressão, devido à instabilidade transitória da personalidade, o que é absolutamente comum a despeito da realidade infracional.

Os acontecimentos da adolescência desenham um quadro propício à emergência de comportamentos transgressores. O seguinte parecer de um psicanalista renomado explicita melhor esse aspecto:

“Entendemos a conduta impulsiva típica do adolescente como vinculada intrinsecamente a vicissitudes de sua crise de identidade. Como sabemos, o processo puberal provoca uma situação de caos intrapsíquico, transitório e reversível, mas que marca indelevelmente o comportamento do indivíduo nesta fase do desenvolvimento. De um lado o pressionam as pulsões ins-

tintivas exacerbadas e, de outro lado, as exigências familiares quanto a um novo e desconhecido posicionamento social, sem que ele conte ainda com um equipamento cognoscitivo e um patrimônio afetivo capaz de ajudá-lo a absorver efetivamente essa dupla tempestade endo e exopsíquica que o atormenta. O adolescente, então atua. E, atuando, delinqüê.”³

Portanto, partindo-se da constatação de que são realidades sociais distintas as condutas ilícitas praticadas por adolescentes e por adultos, decidiu-se por sistemas legais diferenciados de responsabilização para pessoas em diferentes estágios da formação da personalidade.

E, de fato, crime cometido na adolescência é substancialmente distinto de crime cometido na maturidade.

Este é o conteúdo da peculiar condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento, por isso, o processo socioeducativo demasiadamente atrasado encontra adolescente, ou até mesmo o jovem adulto, cuja personalidade já difere muito daquela contemporânea à prática do ato infracional, vivendo em contexto completamente diferente.

Daí dizer que a contemporaneidade entre o fato e a medida é requisito essencial para que o processo socioeducativo faça sentido na sistemática do ECA.

Decisões esparsas da Câmara Especial do TJ/SP subscreveram este entendimento. Tem-se abaixo trecho do v. acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível nº 153.999-0/0-00, da relatoria do Des. Ademir de Carvalho Benedito, julgado em 17/12/2007, do qual se transcreve a seguir trecho do v. acórdão:

“Para se analisar a ocorrência da prescrição, sem que houvesse sentença de mérito, considera-se que, pela prática de conduta de lesões corporais, o MM. Juiz de primeiro grau aplicaria ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo de seis meses.

Desta feita, em vista o disposto no art. 110 do Código Penal, supondo-se que o adolescente viesse a receber a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo máximo de seis meses nos termos do art. 117 do ECA, além da redução do prazo prescricional à metade ante a menoridade penal, conforme se depreende da leitura dos artigos 109, VI, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal, a prescrição dela se operaria em um ano.” (TJ/SP)

Também o Des. Eduardo Pereira Santos, no julgamento da Apelação Cível nº 154.214-0/6-00, julgada em 10/03/2008, reafirmou a tese aqui defendida:

“MENOR. Ato infracional. Reconhecimento da prescrição da pretensão socioeducativa. Possibilidade. Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça. Medidas socioeducativas em meio aberto. Prescrição em 01 ano. Recurso não provido.”(TJ/SP)

Por fim, vale mencionar dois acórdãos da relatoria do Des. Moreira de Carvalho:

“ATO INFRACIONAL – Furto qualificado – Representação inicialmente rejeitada – Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinando o recebimento da representação – Reconhecimento da prescrição da pretensão socioeducativa – Aplicação do referido instituto às medidas socioeducativas – Natureza do ato infracional, possibilita, se procedente a representação, a imposição de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade – Prazo prescricional de um ano – Do recebimento

³ FRASSETO, Flávio Américo. Esboço de roteiro para a aplicação de medida socioeducativa. Disponível no endereço eletrônico abaixo, consultado no dia 17/09/2007, às 17:00h. http://www.abmp.org.br/site/templates/_engine.php3?aut=1&user=frasseto&cod_usu=382.



da representação até a prolação de sentença transcorreu mais de um ano – Aplicação do art. 109, inciso VI e art. 115, ambos do Código Penal – Sentença mantida – Recurso desprovido.” (Apelação Cível nº 108.073-0/7-00, Câmara Especial TJ/SP, julgado em 28/09/2009)

“REPRESENTAÇÃO CONTRA ADOLESCENTE EM FACE DE ATO INFRACIONAL – Sentença que reconheceu a prescrição da pretensão socioeducativa – Possibilidade - Natureza do ato infracional, bem como primariedade do adolescente indicam que, se procedente a representação, certamente, seria imposta a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade – Prazo prescricional de um ano – Da data dos fatos até a do recebimento da representação já havia transcorrido mais de um ano - Aplicação do art. 109, inciso VI e art. 115, ambos do Código Penal – Sentença mantida – Recurso desprovido.” (Apelação Cível nº 175.364-0/3-00, Câmara Especial TJ/SP, julgado em 09/09/2009)

Assim, o instituto da prescrição deve ser aplicado conforme essa peculiaridade, e, antes da sentença condenatória, a medida socioeducativa abstratamente aplicável ao ato imputado ao adolescente deve ser considerada como parâmetro abstrato para o cálculo da prescrição, e, sendo esta medida em meio aberto, considerado o prazo abstrato de 06 meses.

O C. STJ ainda não aceitou esta tese. Contudo, a fim de não dispensar tratamento mais rigoroso ao adolescente do que o reservado ao adulto, firmou posição no sentido de que a prescrição em abstrato deve ser reconhecida, quando já decorreu o prazo prescricional baseado na pena do ilícito ao qual o ato infracional é assemelhado. Nesse sentido:

ESTATUTO DA CRIANÇA DE DO ADOLESCENTE - ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À CONTRAÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADA À CONTRAÇÃO, INFERIOR AO PRAZO ESTIPULADO PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO (3 ANOS). ALEGADA PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas” (Súmula 338/STJ).

2. Sedimentou-se, ainda, a orientação de que o prazo prescricional deve ter por parâmetro, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, a duração máxima da medida de internação (3 anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença.

3. Sendo o ato infracional praticado equiparado a delito ou contravenção que prevê como preceito secundário sanção inferior a 3 anos, o cálculo da prescrição deve ser aferido pela pena máxima em abstrato previsto ao delito praticado.

4. Se a legislação penal estabelece pena inferior ao prazo máximo estipulado para a aplicação da medida socioeducativa de internação (3 anos), não se pode admitir que se utilize tal parâmetro para o cálculo da prescrição, uma vez que levaria a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, porquanto se daria tratamento mais rigoroso à adolescente do que a um adulto, em situações análogas.



5. Resta demonstrada a ocorrência da prescrição, nos termos dos arts. 109, VI, e 115, ambos do Código Penal, uma vez que o fato ocorreu em 23/6/06 e a representação recebida em 28/5/07; portanto, transcorrido o lapso temporal de 1 ano, deve o processo ser declarado extinto.

6. Ordem concedida para declarar prescrita a pretensão socioeducativa do Estado, no que se refere ao Processo 015.06.7219-3.” (HC 157262/SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., Data do Julgamento 13/04/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 03/05/2010)

No mesmo sentido, entre outros, **HC 120875/SP, HC 150.384/SP, HC 139.394/SP, decisões concessivas de liminar nos HC 113.268/SP e HC 116.781/SP e HC 93.281/SP, todos do C. STJ.**

2.1.5 SÚMULA: É vedado à defesa concordar com a aplicação ou manutenção da medida privativa de liberdade em sede de processo de conhecimento e de execução.

CAROLINA RANGEL NOGUEIRA
Defensora Pública do Estado de São Paulo

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

O Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou um novo marco ideológico para a atuação do Estado em relação às crianças e aos adolescentes, tanto no que se refere aos Poderes Legislativo e Executivo (políticas públicas), quanto ao Poder Judiciário.

Antes dele, o Código de Menores instrumentalizava a Doutrina da Situação Irregular na qual “a proteção da infância aparece subordinada à ideologia da defesa social”⁴ e centrada no seguinte binômio: incapacidade da pessoa menor de 18 anos x proteção do Estado.

A incapacidade da criança e do adolescente se revelava na negação absoluta de qualquer limitação ao poder interventor do Estado, ou seja, na negação da condição de sujeito de direito à criança e ao adolescente.

Já a atuação protetiva do Estado se dava de maneira casuística e arbitrária por meio da figura do *juiz de menores*, autorizado que era pela lei a empregar seu *prudente arbítrio* para determinar qualquer ordem de caráter geral que fosse “necessária à assistência, proteção e vigilância do menor” (art. 8º, Lei nº 6.697/79).

O tratamento pretensamente protetivo atingia de forma indiscriminada tanto os menores autores de infração penal quanto aqueles que o juiz de menores declarava estar em situação de abandono (art. 2º Lei nº 6.697/79).

No âmbito da ideologia da defesa social, o menor era considerado um risco social, concreto no primeiro caso e potencial no segundo. Por isso, em consonância com a incapacidade da criança e do adolescente, bem como a de seus responsáveis legais, facilmente presumida inclusive em razão da pobreza da família (art. 2º, I, b, Lei nº 6.697/79), a institucionalização era o meio de intervenção tomado como o mais eficaz para a proteção do menor e da sociedade, como melhor esclarecem as palavras de Emílio Garcia Mendez:

“Em outras palavras, a partir do momento em que as políticas-programas de proteção estão subordinados à lógica da defesa social, estas devem incluir ameaças concretas para dissuadir aos potenciais infratores da ordem social. Este enfoque dá por certo, no caso concreto da infante-adolescência, a legitimidade e inevitabilidade das práticas de institucionalização (privação de liberdade), tanto em relação a situações de desamparo, como em relação ao rompimento das disposições penais⁵.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente propõe a Doutrina da Proteção Integral, que considera crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que merecem a efetivação de todos os direitos reconhecidos aos adultos, além daqueles relacionados com a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (arts. 3º e 6º, ECA)

Quanto à institucionalização de adolescentes autores de ato infracional, tanto a Constituição Federal (art. 227, § 3º, V) quanto o ECA (arts. 121, caput) estabelecem que a privação de liberdade deve ser breve e excepcional, e além disso sua aplicação está limitada às hipóteses taxativas do art. 122 do ECA.

No entanto, é necessário lembrar os argumentos da Doutrina da Situação Irre-

⁴ MENDEZ, Emílio Garcia. Das necessidades aos Direitos. Malheiros: SP, 1994, p. 57.

⁵ MENDEZ, Emílio Garcia. Das necessidades aos Direitos. Malheiros: SP, 1994, p. 57/58.

gular para que eles não venham a animar a aplicação desvirtuada da Doutrina da Proteção Integral.

Em uma realidade sócio-econômica extremamente desigual, não é incomum que internado em uma unidade da Fundação Casa o adolescente passe a gozar de condições mínimas de vida que lhe foram negadas quando em liberdade: três refeições diárias, saneamento básico, escola, tratamento para drogadição ou ao menos condição para a abstinência, e até o restabelecimento de laços familiares, por meio da intervenção das assistentes sociais que integram a equipe técnica da Fundação Casa.

A realidade precária inspira decisões que confundem situação de vulnerabilidade social, que reclama providências no sentido da efetivação de direitos fundamentais básicos dos quais as crianças e os adolescentes são titulares, com demanda socioeducativa, ou seja, com os fundamentos para a necessidade de intervenção repressiva do Estado por meio das medidas socioeducativas privativas de liberdade.

O impulso protetivo do magistrado pode levá-lo até a desrespeitar as hipóteses objetivas para a aplicação das medidas privativas de liberdade (i-ato cometido mediante violência ou grave ameaça; ii-reiteração de ato grave), ou mesmo as garantias processuais estatuídas na Constituição Federal, no ECA e na legislação processual pertinente, que no caso do processo para a apuração de ato infracional é o Código de Processo Penal, o que gera ilegalidade patente.

Nesse sentido:

“Nessa linha de raciocínio, há Tribunais que ainda determinam a internação de adolescentes em conflito com a Lei, em circunstâncias em que a um adulto não se imporá privação de liberdade, sob o pífio argumento de que não sendo pena, isso lhe será um bem. Em nome do superior interesse, ignoram-se um conjunto de garantias instituídas. Em nome do “amor”, atropela-se a Justiça.”⁶

No entanto, o risco maior é mais sutil e ocorre quando, respeitadas aquelas hipóteses, na avaliação da excepcionalidade das medidas extremas, ou seja, a fim de demonstrar a insuficiência das medidas em meio aberto, os elementos de vulnerabilidade social aparecem como justificadores da necessidade de internação ou semiliberdade. Tal juízo gera também ilegalidade uma vez que contraria o princípio da excepcionalidade (art. 227, §3º, V, CF e 122, §2º, ECA).

No âmbito do processo de apuração de ato infracional, a ausência de políticas públicas deve ser compensada pela aplicação das medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA, que não têm caráter coercitivo e independem de juízo de culpabilidade. E, diante de uma situação de abandono, principalmente o defensor público não pode ceder à aplicação desvirtuada das medidas privativas de liberdade em substituição à efetivação de direitos sociais.

Tanto assim que o próprio Superior Tribunal Federal reconheceu que se deve esgotar a possibilidade de aplicação não só das medidas socioeducativas em meio aberto, mas também esgotar-se a possibilidade de efetivação das medidas protetivas, antes de julgar imprescindível a internação:

“HABEAS CORPUS. ECA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DEFERIDA.

A regra, **em se tratando de ato infracional**, é a **aplicação** de uma das medidas socioeducativas previstas nos incisos I a V do art. 112 do ECA **ou qualquer das medidas de proteção previstas em seu art. 101, I a VI. Somente na impossibilidade de aplicação de tais medidas é que deve**

⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. Compêndio de Direito penal Juvenil: Adolescente e ato infracional. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44.

o juiz aplicar a internação em estabelecimento educacional, sob pena de inobservância dos princípios da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, previstos no inciso V do § 3º do art. 227 da Constituição Federal.” (HC 85148/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 08/03/2005, 2ª T., STF)

Justamente por significar um rompimento com a Doutrina da Situação Irregular é que o ECA, em seus capítulos II e III repete algumas garantias constitucionais e processuais penais básicas, tais como a de que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal” (art. 110, ECA).

Diante disso, o conteúdo pedagógico das medidas socioeducativas não pode escomotear seu caráter punitivo, a fim justificar a aplicação da internação pelo suposto bem que a privação de liberdade representaria para o adolescente, por qualquer que seja o motivo.

Superada a sutileza ideológica que tenta desvirtuar o conteúdo da Doutrina da Proteção Integral usando-a para justificar a mesma prática efetuada sob a égide do Código de Menores, passemos à análise técnica da concordância do defensor em relação à aplicação da internação como causa de nulidade absoluta.

Novamente repetindo o óbvio, o ECA estabelece que o adolescente tem direito à defesa técnica (art. 111, III).

Aliás, este direito decorre diretamente da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, prevista no art. 5º, LV da CF, sem o que qualquer processo ou procedimento padece de legitimidade diante das regras do devido processo legal, sendo, portanto, nulo.

Nesse sentido a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal:

“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Por fim, cabe mencionar brilhante voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence que, ao deparar-se com o caso de um defensor que requereu a aplicação da internação por entender ser esta a medida mais eficaz para a ressocialização dos adolescentes, disse:

“Como se colhe do parecer da Procuradoria Geral, a garantia constitucional de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – atinge explicitamente todo processo de que possa resultar para alguém a privação do direito de ir e vir – não distingue entre imputáveis e inimputáveis, nem entre a pena de prisão e a chamada medida socioeducativa de internação, reservada aos menores: da decorre que a todos assegura, como primeiro corolário do due process of law, o contraditório e a ampla defesa. Nem se trata de contestar a ilusão – que, nas condições brasileiras, raia pelo humo sádico – de que a medida socioeducativa de internação seja um bem para o adolescente que haja praticado ato infracional: o importante é que a sua aplicação pressupõe a apuração do fato a que cominada.” (RE nº 285.571-5/PR, julgado em 13/02/2001, DJ 06/04/2001)

Assim, considerando o papel constitucional que a Defensoria Pública desempenha no sistema de justiça, é dever funcional do defensor público se posicionar sempre em favor da liberdade do adolescente.

2.1.6 SÚMULA: AUDIÊNCIA UNA – CONFISSÃO DO ADOLESCENTE (ÚNICA PROVA) E APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. Tal situação viola sobremaneira o princípio do sistema acusatório, em que compete à acusação o ônus da prova, bem como o devido processo legal, nos termos da Súmula 342 do STJ.

CDEDICA
Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Era um tanto rotineiro – em que pese a ilegalidade desta medida – o fato do juízo de conhecimento efetuar a aplicação de medida sócio-educativa **com base apenas na confissão do adolescente**, aplicando a medida sócio-educativa.

Tal situação viola sobremaneira o princípio do sistema acusatório, em que compete a acusação o ônus da prova, bem como o devido processo legal.

O Superior Tribunal de Justiça, evidenciando as ilegalidades notórias nas representações em que somente a procedência do pedido de representação se baseia na confissão do adolescente, editou a Súmula nº 342, ao dispor que “(...) **no procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente (...)**”.

Neste sentido, a jurisprudência abaixo colacionada **antes da edição** da Súmula nº 342:

“(...) **HC 32.324 – Rel. Jorge Scartezzini – DJ 01.07.2004**

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PROCESSUAL PENAL - ART. 10, § 3º, III, C/C § 2º, DA LEI 9.437/97 (PORTE DE ARTEFATO EXPLOSIVO OU INCENDIÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO) - CONFISSÃO - HOMOLOGAÇÃO DA DESISTÊNCIA DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS - AUDIÊNCIA UNA - CERCEAMENTO DE DEFESA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - ORDEM CONCEDIDA.

- Hipótese em que, ante a confissão da prática do ato infracional pelo adolescente na audiência de apresentação, as partes dispensaram a produção de outras provas, o que foi homologado pelo MM. Juiz, passando-se, então, à instrução e julgamento do processo.

- A instrução probatória configura um dos meios pelo qual o paciente poderia exercer seu direito de defesa, o que não ocorreu, sendo que a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercida no âmbito do devido processo legal.

- Ordem concedida para anular a decisão que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público, a fim de que seja procedida prévia instrução probatória, determinando-se que o adolescente aguarde a apuração do ato infracional que lhe é imputado em liberdade. (...)”



2.1.7 SÚMULA: Deve a defesa insurgir-se contra a internação provisória imposta ao adolescente, nas hipóteses em que, em tese, não seria possível a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do rol taxativo do art. 122 do ECA.

CDEDICA

Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

A medida sócio-educativa de internação configura medida privativa de liberdade (**sanção**) e, por isso, submetida à observância dos princípios constitucionais e estatutários da **excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento** (artigo 227 da Constituição da República).

Neste sentido, é preciso salientar a **impossibilidade** da internação provisória, por **ausência total de razoabilidade**, quando ao final do procedimento **não será** o adolescente em conflito com a lei submetido à medida de internação em virtude do rol taxativo do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo transcrito:

“(…) Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido **mediante violência ou grave ameaça a pessoa**;

II – por **reiteração** no cometimento de outras infrações graves;

III – por **descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta** (…).”

E não destoia deste entendimento a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se constata nos autos do Habeas Corpus nº 115.979, cuja ementa abaixo se transcreve:

“(…) **EMENTA - HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR EM FACE DO PRINCÍPIO BASILAR DO DIPLOMA MENORISTA. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA.**

1. A **internação provisória** da adolescente **carece de fundamento jurídico para subsistir**, pois, sendo medida extrema e emergencial, cabível somente em situações restritas, deve ser aplicada, tão-somente, em situações específicas de real necessidade, amparado por motivação concreta e suficiente, o que não se evidenciou na hipótese versada.

2. A prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, por si só, **não autoriza** a adoção da medida sócio-educativa de **internação de forma definitiva**, nos termos do art. 122 do ECA, **circunstância que, também, afasta a sua decretação cautelar, tendo em vista a desproporcionalidade entre o gravame imposto na tutela provisória e o princípio basilar do Estatuto Menorista consubstanciado na proteção integral do menor.**

3. Ordem concedida para reformar o aresto impugnado que impôs a medida



de internação provisória à adolescente, permitindo-a aguardar em liberdade o julgamento da ação de primeiro grau, se por outro motivo não estiver segregada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **por unanimidade, conceder a ordem**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz.

Na fundamentação do voto do eminente relator Ministro Jorge Mussi, assevera-se que “(…) **no caso dos autos em que a representação é pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, conduta que não se enquadra nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia-se o descabimento da internação de forma definitiva, circunstância que, também, afasta a sua decretação cautelar, tendo em vista a desproporcionalidade entre o gravame imposto na tutela provisória e o princípio basilar do Estatuto Menorista consubstanciado na proteção integral ao menor** (…).”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se baseia no rol taxativo do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (*princípio da reserva legal*), bem como os princípios constitucionais da isonomia e razoabilidade.

Contudo, alguns operadores jurídicos, mesmo diante dos princípios constitucionais acima citados, bem como da clara regra inserida no artigo 122 do Estatuto da Proteção Integral, **internam provisoriamente** os adolescentes, sob o argumento de preservação de sua segurança e afastamento das causas que ensejaram a prática do ato infracional ou até mesmo no interesse da sociedade (*fundamentos completamente equivocados e carentes de qualquer razoabilidade e/ou fundamento jurídico*).



2.1.8 SÚMULA: O prazo máximo previsto no artigo 108, caput e 183, ambos da Lei nº 8.069/90, para a conclusão do procedimento de apuração de ato infracional, estando o adolescente internado provisoriamente, tem como termo a quo a data da apreensão do adolescente, sendo tal prazo improrrogável.

CDEDICA

Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

A denominada **internação provisória** constitui medida privativa de liberdade de **natureza processual**, decorrente de apreensão em flagrante ou de determinação judicial (**art. 106 do ECA – “(...) Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (...)”**).

O legislador infraconstitucional, tendo em vista que a internação, ainda que provisória, submete-se ao princípio constitucional da **brevidade**, por constituir-se também, em medida privativa de liberdade, **prescreveu em 02 (dois) dispositivos** (o que ressalta a preocupação e importância conferida pelo legislador), que esta **estaria limitada** a um prazo **máximo e improrrogável** de 45 (quarenta e cinco dias), in expressis:

“(...) Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único - A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida (...)”.

“(...) Art. 183. O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias (...)”.

Assim, em atenção ao princípio constitucional da **brevidade**, o legislador infraconstitucional expressamente dispôs que o prazo da internação provisória é improrrogável.

E, quanto ao termo a quo, este é, indubitavelmente, o da apreensão do jovem em flagrante ou, inexistindo este, a decorrente de ordem judicial, pois em prevalecer entendimento haveria afronta ao princípio constitucional da brevidade.

Ultrapassado que seja este prazo, não resta alternativa senão a via do habeas corpus, para sanar tal ilegalidade, visto que *“(...) a internação de menor, antes da sentença, por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, **contraria o propósito da Legislação do menor**, que, a par de determinar a aplicação de medidas que visem ressocializar o menor, pretende que os processos sejam céleres e que a **internação seja medida adotada apenas excepcionalmente (...)**” (STJ - RHC 13435).*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não permite a duração da internação provisória por pelo prazo legal, conforme se constata nas demais jurisprudências abaixo elencadas:

“(...) RHC 27.213 – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJe de 21.06.2010

EMENTA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.



PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 227, § 3º, V, DA CF E 122, § 2º, DO ECA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO. ARTS. 108 E 183 DO ECA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. “O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso, sendo somente lícita a imposição da internação provisória quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública” (HC 54.067/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 2/5/06).
2. Estando a decisão que determinou a internação provisória fundamentada em dado concreto, não há falar em constrangimento ilegal.
3. O Superior Tribunal de Justiça **tem firme posicionamento** no sentido de que **configura excesso de prazo** manter a **internação provisória** de adolescente **por prazo superior a 45 dias**, sob pena de violar expressa determinação legal (arts. 108 e 183 da Lei 8.069/90).
4. Recurso parcialmente provido para determinar a imediata soltura do menor, salvo se estiver internado por outro motivo. (...)”.

“(...) RHC 27. 268 – Rel . Min. Laurita Vaz – DJe de 15.03.2010

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO MENOR. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Consoante o disposto no art. 108, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90, a internação preventiva **somente pode perdurar pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias**, sendo que o seu elastério constitui, **nos termos da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, constrangimento ilegal**, pois “em jogo a liberdade de locomoção daqueles a quem a Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-tutelar (artigos 227 e 228 da Constituição Federal) “ (STF – HC 93.784/PI, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 23/10/2009).
2. Evidenciada a impossibilidade da permanência da internação preventiva no caso, em que o adolescente encontra-se provisoriamente internado por lapso temporal superior ao legalmente permitido, sem que ter sido julgado.
3. “O excesso verificado – porque irrazoável – revela-se inaceitável (RTJ 187/933-934), ainda mais porque essa situação anômala não foi provocada pelo ora paciente, mas, isso sim, pelo aparelho de Estado” (STF - HC 96.629/PI–reconsideração, decisão monocrática, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02/12/2008).
4. Recurso provido, para que seja assegurado ao Paciente o direito de per-



manecer em liberdade até a eventual prolação de sentença que determine a aplicação de medida sócio-educativa. (...)”.

Ademais, é preciso ainda ressaltar que não serve como escusa para a manutenção da internação provisória na fase de alegações finais a aplicação da Súmula nº 52 do STJ, visto que o próprio Tribunal Superior (STJ) ressalva “(...) ser **incompatível com os princípios fundamentais do ECA de excepcionalidade, brevidade e observância da condição peculiar do menor de pessoa em desenvolvimento (art. 121), devendo prevalecer o respeito ao prazo máximo de internação provisória expressamente previsto de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 108)” (STJ – RHC 12.010).**

Por fim, é preciso ressaltar que para o STJ, “(...) o art. 108 do ECA, ao estabelecer o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) de **internação provisória**, reporta-se, **quanto ao marco temporal, à prolação da sentença**, e não ao trânsito em julgado desta (...)” (HC 41.014).



2.1.9 SÚMULA: Para a contagem dos prazos previstos nos parágrafos 2º e 5º do artigo 121 da Lei nº 8.069/90 (aplicáveis também, ao regime de semiliberdade, ex vi do artigo 120, § 2º), computa-se o prazo da internação provisória, aplicando-se por analogia o instituto da detração (artigo 42 do CP) em obediência ao princípio constitucional da BREVIDADE (artigo 227, § 3º, V da CRFB).

CDEDICA

Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Conforme ressaltado pelo STJ no AgRg 442.435, “(...) para efeito de detração, **deve-se somar** o período de internamento provisório, ao invés de diminuir, haja vista a medida sócio-educativa **ser fixada no limite máximo legal de 03 (três) anos (...)**”.

Além disto, é preciso ressaltar que toda norma penal mais benéfica, por força de preceito constitucional, deve ser aplicada em favor do “acusado” (*no caso, representado*).

Então, no caso de reavaliação, a data de 06 (seis) meses deve ocorrer desde o momento da internação provisória (**neste sentido – HC 12.596 - STJ**).



2.1.10 SÚMULA: Em caso de descumprimento de medida socioeducativa anteriormente imposta, não cabe, nem em caráter provisório, a internação do adolescente antes de sua oitiva judicial, sob pena de constrangimento ilegal.

CDEDICA
Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

O Enunciado disposto no número 265 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça encontra-se disciplinado da seguinte forma:

“(…) É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa (…)”.

Este enunciado adveio do fato de inúmeras regressões de internação-sanção à medida anteriormente imposta sem que os mesmos fossem previamente ouvidos (*princípios da ampla defesa e do contraditório*) e indagados sobre a evasão do regime de semiliberdade (*geralmente, a maioria deles evade-se em decorrência da guerra de facções do tráfico nas unidades de semiliberdade ou em virtude de ameaças a sua integridade física pelos demais adolescentes e agentes*).

Portanto, o juízo, **antes** de determinar a regressão da medida, deve promover a oitiva do adolescente acerca de tal evasão, nos termos da Súmula nº 265 do STJ.

Não cabe, **nem em caráter provisório**, a internação do adolescente antes de sua oitiva, sob pena de constrangimento ilegal.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ:

“(…) HC 13.260 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 05.04.2004

EMENTA

CRIMINAL. HC. ECA. REGRESSÃO DE MEDIDA SEM A OITIVA DO MENOR INFRATOR. NECESSIDADE DE SUA INTIMAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 265/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

A determinação de regressão de medida sócio-educativa exige a prévia oitiva do menor. Precedentes. Incidência do verbete da Súmula n.º 265 desta Corte.

Ordem concedida, para anulando a decisão de 1º grau, determinar o prosseguimento da medida de semiliberdade originária, com a intimação do paciente para justificação devida. (...)”



2.1.11 SÚMULA: 18 ANOS E SEMILIBERDADE - NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. É vedado o cumprimento de medida de semiliberdade após os 18 anos, por falta de previsão legal (art. 120, § 2º c/c artigo 121, § 5º e artigo 2, parágrafo único, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente), não sendo cabível a analogia in malam partem.

CDEDICA
Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Nos dias atuais, nossa maior dificuldade encontra-se em extinguir a medida sócio-educativa de semiliberdade aos adolescentes que completaram 18 anos de idade.

Trata-se de aplicação de medida sócio-educativa que não encontra previsão legal (*art. 120, § 2º c/c artigo 121, § 5º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente*), valendo-se os operadores jurídicos de tal norma para a manutenção de tal medida sócio-educativa após o adolescente completar 18 anos.

Tal norma viola uma série de princípios constitucionais (*reserva legal, brevidade, excepcionalidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*) devendo ser afastada a norma infraconstitucional violadora do Texto Constitucional (artigo 120, § 2º), ou proceder sob a forma de interpretação conforme a Constituição.

Contudo, em que pese as explanações acima mencionadas, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, bem como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem reiteradamente denegando ordem de habeas corpus impetradas **sob a argumentação equivocada** de que o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) não revogou o artigo 120, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que pese não ser este o argumento esposado pela Defensoria Pública.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ:

“(…) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. SEMILIBERDADE. MAIORIDADE CIVIL. LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

Não houve qualquer modificação na interpretação do artigo 121, § 5º da Lei nº 10.406/2002. Assim, deve permanecer a idade de 21 (vinte e um) anos como limite para a concessão da liberdade compulsória àqueles que estejam cumprindo as medidas sócio-educativas aplicadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Precedentes).

Ordem denegada (...)”.

Desta forma, tendo em vista a interpretação equivocada do Superior Tribunal de Justiça acerca de tal matéria (violação aos princípios constitucionais da reserva legal, brevidade, excepcionalidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, impetrou-se novo habeas corpus perante o Supremo Tribunal (HC 90.101 – ainda aguardando o seu julgamento), alegando, **em síntese**, violação ao princípio da reserva legal, que impede a aplicação de analogia *in malam partem*, devendo ocorrer interpretação restritiva da norma, visto que a mesma cerceia a liberdade do indivíduo; o desprendimento ao discurso falacioso de que a extinção da medida sócio-educativa gera (ou gerará) impunidade, porque, **em primeiro lugar, não pode o intérprete** justificar esta situação hipotética e excepcional com a aplicação da analogia *in malam partem*, prejudicial ao paciente e em descompasso com o *status libertatis*, **regra em nosso ordenamento jurídico; em segundo lugar, porque o Poder Judiciário não pode, sob o falso fundamento de impunidade,**



transformar-se em legislador positivo, usurpando-se de atribuição constitucional atribuída a outro Poder; e, por fim, visto que **houve o cumprimento da medida sócio-educativa de internação** (que possui caráter retributivo e pedagógico) até sua progressão, continuando seu prosseguimento em semiliberdade até os 18 (dezoito) anos de idade; e a interpretação conforme a Constituição, para aplicar ao regime de semiliberdade as normas da internação, excetuando-se aquela prevista no § 5º do artigo 121 do ECA.

Além deste habeas corpus, existem mais alguns no STF questionando o regime de semiliberdade àqueles que já completaram 18 anos (HC 90.062; 90.129 e 90.153).

Contudo, é preciso ressaltar que já surgem posicionamentos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca da extinção de tal medida sócio-educativa, conforme se assevera neste voto do Eminentíssimo Desembargador Ricardo Bustamante:

*“(...) Ousei discordar da douda maioria por entender que **a possibilidade de a medida sócio-educativa continuar a ser executada após o adolescente alcançar a maioridade penal somente é possível na hipótese de internação, pois somente há expressa previsão legal para esta medida, não se podendo entender como tal a norma contida na parte final do § 2º do artigo 120 do ECA.***

*Pode-se alegar que, em tese, é possível o procedimento quando o adolescente completar 18 anos de idade por haver previsão legal no parágrafo único do artigo 104 do ECA, que determinou que deve ser considerada a idade à época do evento. Entretanto, **não há como fugir à constatação de que há expressa vedação de se dar continuidade ao procedimento persecutório ou à execução de medida sócio-educativa, salvo em caso especialmente previsto na lei, como se vê das disposições do artigo 2º, § único do ECA. E esta exceção é exatamente a medida sócio-educativa de internação, regra de resto inaplicável na hipótese, por não poder o intérprete valer-se da regra inserta no § 2º do artigo 120 do ECA, que manda aplicar as disposições relativas à internação à medida de semiliberdade, pois a norma do citado artigo 2º, § único do ECA é de natureza restritiva, razão de só comportar interpretação igualmente restritiva. Se assim fosse restaria desatendido princípio fundamental de interpretação das regras já que se trata de matéria de direito material e restritiva de direito, daí que de interpretação limitada à hipótese expressamente prevista na lei.***

E foi por tais razões que votei concedendo a ordem para julgar a medida em questão (...) (TJ/RJ- Processo nº 2006.059.03956)”.



2.1.12 SÚMULA: A ausência de laudo toxicológico definitivo deve ser causa de improcedência da representação do Ministério Público porque inexistente a comprovação da materialidade do ato infracional (Lei 11.343/2006).

CDEDICA
Defensoria Pública do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

A ausência de laudo de drogas deve ser causa de improcedência da representação do Ministério Público porque ausente a comprovação da materialidade do ato infracional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua em seu artigo 114 que a imposição da **medida de internação pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e materialidade da infração.**

Os princípios do processo penal brasileiro, de acordo com o artigo 152 do Estatuto Menorista, devem ser aplicados subsidiariamente aos procedimentos atinentes a apuração de ato infracional imputado a adolescente.

Dessa forma, deve o julgador buscar a verdade real ou material, haja vista lidar a liberdade do indivíduo, bem indisponível e irrenunciável tutelado pela Constituição.

O julgador deve basear sua decisão em um amplo e robusto quadro probatório, e caso não sejam tais provas suficientes, deve julgar a favor do representado (improcedência do pedido ministerial).

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões, entende ser causa de nulidade do procedimento, conforme assevera a jurisprudência abaixo destacada:

“(...) HC 46.769 – Min. Felix Fischer – DJ 13.03.2006

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. NULIDADE.

É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes (Precedentes).

Ordem concedida (...)."

E, quando verificada a inexistência de laudo preliminar ou provisório, a representação ofertada pelo Ministério Público deve ser rejeitada porque o laudo provisório destina-se somente para efeito de lavratura da apreensão do adolescente (ou prisão do maior de 18 anos) e da oferta da representação (ou denúncia), nos termos do artigo 50, § 1º, da Lei nº 11.343/06, in verbis:



“(…) § 1o Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea (...)”.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“(…) HC 83.904 – Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocada do TJ/MG) – DJ 22.10.2007

EMENTA

HC. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. LAUDO TOXICOLÓGICO PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE PARA A LAVRATURA DO FLAGRANTE E PARA O OFERECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Hipótese na qual o Magistrado de 1º grau rejeitou a representação oferecida contra o adolescente, por entender que a ausência de laudo de constatação impede o prosseguimento do feito, tendo ainda acrescentado que a falta de descrição da quantidade do entorpecente apreendido impede, inclusive, que seja verificada a tipicidade do ato infracional.

2. O Colegiado de origem deu provimento ao apelo ministerial, com base no art. 182, § 2º, do ECA, que afirma ser desnecessária a produção de prova pré-constituída de autoria e materialidade da conduta infracional para o oferecimento de representação.

3. Tratando-se de ato infracional, torna-se ainda mais relevante a exigência do referido laudo, em virtude em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa à reintegração do jovem à sociedade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema.

4. Caso seja reconhecida a desnecessidade do laudo preliminar, estar-se-ia admitindo a sujeição do jovem a procedimento de apuração de prática de ato infracional, muitas vezes em regime de internação provisória, sem que haja sequer prova inicial da materialidade da conduta, o que é vedado nas ações penais, devendo ser tal entendimento estendido aos feitos que tramitam perante o juízo menorista, com maior razão.

5. Não há que ser admitido o recebimento de representação em desfavor do jovem, atribuindo-lhe a prática de ato infracional equivalente ao delito de uso de drogas, pois a novel legislação de regência, qual seja, a Lei 10.343/06, não prevê a possibilidade de aplicação de pena em casos símiles aos dos autos.

6. Ordem concedida para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão monocrática que havia rejeitado a representação oferecida, determinando a imediata soltura do adolescente. (...)”.

Verifica-se pela análise da legislação que rege os casos de tráfico de drogas que o



laudo provisório destina-se somente para efeito de lavratura da apreensão do adolescente (ou prisão do maior de 18 anos) e da oferta da representação (ou denúncia), nos termos do artigo 50, § 1º, da Lei nº 11.343/06, in verbis:

“(…) § 1o Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea (...)”.

Estas as linhas iniciais do atendimento técnico jurídico ao adolescente ao qual se imputa a prática de ato infracional, com a demonstração das questões mais recorrentes, sem a pretensão de esgotar o tema.



2.2.1 SÚMULA: São requisitos prévios específicos para propositura da ação de destituição do poder familiar:

Laudo pericial prévio da equipe técnica com a constatação da impossibilidade de reintegração familiar da criança ou do adolescente, e com o esclarecimento das medidas utilizadas para esgotar os meios de manutenção na família natural ou extensa, submetido ao crivo do contraditório – art. 24, ECA;

Decisão fundamentada da autoridade judiciária no sentido da impossibilidade de reintegração familiar – Art. 101 §§ 9º e 10 c/c Art. 19, § 1º do ECA.

WELLERSON EDUARDO DA SILVA CORRÊA
Defensor Público do Estado de Minas Gerais

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Conforme os §§ 9º e 10 do art. 101 do ECA, exige-se a expressa recomendação da equipe técnica de acompanhamento individual da criança e do adolescente para o ingresso do pedido de destituição do poder familiar pelo Ministério Público.

Além disto, de acordo com o art. 19, § 1º do ECA, a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidirá de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar da criança ou adolescente ou colocação em família substituta em família substituta, sendo que na modalidade adoção impõe-se o esgotamento dos recursos da manutenção da criança na família natural ou extensa e a prévia destituição do poder familiar, conforme os arts. 39, § 1º e 45, § 1º do ECA, ressalvados os permissivos do art. 45, caput e 50 § 13 (adoção intuito personae ou direta/fora do cadastro).

Além dos pressupostos processuais objetivos há dois pressupostos objetivos específicos para o ingresso da demanda de destituição do poder familiar pelo Ministério Público: 1) a impossibilidade de reintegração familiar da criança e do adolescente constatada pela recomendação prévia da equipe interprofissional e multidisciplinar; 2) a decisão fundamentada da autoridade judiciária, com base em relatório elaborado por esta equipe, no sentido da impossibilidade da reintegração familiar.

Satisfeitos estes pressupostos objetivos específicos, admissível que o Ministério Público ingresse com a Ação de Destituição do Poder Familiar.



2.2.2 SÚMULA: É cabível a atuação da Defensoria Pública, por meio de seus representantes em legitimação extraordinária na tutela individual das crianças e adolescentes.

ARTHUR CORRÊA DA SILVA NETO
Defensor Público do Estado do Pará

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Legitimação extraordinária na tutela individual da criança e do adolescente – A atuação da Defensoria Pública.

Resumo:

A reformulação na missão institucional da Defensoria Pública, decorrente da recente alteração em sua Lei Orgânica, está provocando sua necessária re-interpretação enquanto órgão, este advento, sem dúvida, veio fortalecer o sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente, na medida em que se balizada nos princípios da assistência jurídica integral e no princípio da proteção integral, permitindo aos Órgãos Defensoriais propor qualquer ação capaz de defender os direitos deste ser humano em desenvolvimento.

Introdução

O Constituinte originário foi “tímido” ao criar um órgão que teria a incumbência de defender prioritariamente cerca de 78% (setenta e oito por cento) da população brasileira segundo senso do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, atuando na seara criminal frente ao Ministério Público e na seara cível perante advogados públicos e privados, sem muni-lo no plano da *lex magna*.

O certo é que quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, se conquistou o que podia ser conquistado, felizmente, mesmo sem a formatação desejada, a sua existência restou registrada, em que pese Estados da Federação como Santa Catarina – SC, ainda não terem implementado o que dispõe o texto supremo.

A Instituição que presta assistência jurídica integral e gratuita foi apenas contemplada com disposições esparsas ao longo do texto da Constituição e com um artigo que traz o seu perfil.

O legislador constituinte derivado brasileiro vem pagando essa dívida histórica com o seu povo, na medida em que vem expandindo as atribuições da Defensoria Pública e, com isso, fortalecendo a instituição, mesmo que em nível infraconstitucional.

No plano do fortalecimento constitucional há a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n. 487, que tramita no Congresso Nacional desde 2005, pronta para entrar em pauta na Câmara dos Deputados – casa do povo.

Referida PEC, quando aprovada, sem dúvida, será um marco para consolidação da carreira e sedimentação de sua identidade própria.

Por outro lado, não se tem como esquecer da emenda constitucional n. 45/2004, que trouxe a autonomia funcional, administrativa e financeira quando inseriu o § 1º, no art. 134, da Constituição de 1988.

Referida disposição se assemelha às disposições constitucionais do art. 127, §§ 2º e 3º que dizem respeito ao Ministério Público.

Porém as disposições que tratam do parquet delineiam melhor sua autonomia administrativa.

Já no plano das Defensorias o delineamento é trazido na lei nacional, Lei Complementar n. 80/94, com as alterações da LC n. 132/2009.

Não obstante, quanto ao Ministério Público todos são uníssomos em dizer que é órgão autônomo não pertencente ao Poder Executivo e a nenhum outro poder, tendo sua natureza jurídica de função essencial à justiça.

Porém, mesmo após a Emenda Constitucional n. 45/2004, as vozes da doutrina e jurisprudência, mais recentemente a súmula 421, do STJ manifesta como sendo a Defensoria Pública instituição pertencente ao Poder Executivo.

Contudo, entendo estarem os que pensam assim, equivocados, haja vista que as bases, que sustentam poder dizer-se o órgão do Ministério Público como não incorporado dentro do Executivo, estarem previstas no âmbito normativo-constitucional da Defensoria Pública (Defensorias Estaduais), quais sejam autonomia funcional, administrativa e financeira.

Sendo certo, porém, que na realidade atual as disposições constitucionais acima relacionadas no que tange às Defensorias Públicas Estaduais vem sofrendo da síndrome da inefetividade constitucional, ou seja, não vem sendo observadas.

Referida consideração é de suma importância, pois a sua não implementação vem tornando o sistema incongruente, considerando que os órgãos defensoriais em muitas vezes necessitam demandar contra o próprio Estado-Executivo.

Com a consolidação do instrumento da tutela coletiva, isto se tornou mais evidente, tendo em vista que as ingerências possíveis de ocorrerem são facilmente perceptíveis.

Inclusive, da essência desse raciocínio se formatou o Ministério Público na Carta Constitucional de 1988 e dessa compreensão vem se percebendo as alterações legislativas no que toca à Defensoria.

De outro lado, a Constituição Federal de 1988, a Lei Orgânica da Defensoria Pública combinado com atuação dos Defensores Públicos vem mostrando cada vez mais a Defensoria Pública como uma instituição diferente de qualquer outra, com atribuições próprias, objetivos e finalidades distintas, prerrogativas, enfim, características que a singularizam.

Ademais, essa é a lógica de qualquer sistema que visa a racionalizar para imprimir eficiência.

Em um sistema bem elaborado, mesmo havendo estruturas bem definidas, existem pontos de convergência entre estas que não são ruins, pelo contrário, servem para integrá-lo.

Essa linha, segue o sistema da separação de poderes de Charles de Montesquieu, importando, para tanto, que haja harmonia e independência entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Do mesmo modo, pode se compreender as funções essenciais à Justiça, sejam: Defensores Públicos, Promotores de Justiça, advogados públicos e advogados privados.

1. Conceito. Origem histórica. Fundamentação da legitimação extraordinária

Cabe destacar o conceito de legitimação extraordinária no direito pátrio, como sinônimo de substituição processual e se consubstanciando tal instituto, como a possibilidade de um dado sujeito atuar em um processo em nome próprio na defesa de direito alheio, desde que haja permissivo legal para tanto.



Por oportuno, é mister destacar que nesse sentido é a dicção do artigo 6º, do Código de Processo Civil, que prevê a conceituação legal.

Traçando as origens do instituto Ana Flávia Melo Torres, assim leciona:

“Somente com a revisão dogmática do direito processual civil do fim do século XIX, com a obra de Oskar Von Bulow, em 1868, quando tratou das exceções dilatória e dos pressupostos processuais como o conceito nuclear à ciência do processo, foi que se consagrou a figura do substituto.” (<disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_a...> acessado em: 22.03.2010).

A legislação brasileira do século passado tal como o Código de Processo Civil de 1973, teve especial influxo do pensamento liberal-individualista.

Esta diretriz é facilmente perceptível, pois sua preocupação se subsume à tutela individual, não contemplando a tutela da coletividade ou de direitos transindividuais.

O art. 6º, do Código de Processo Civil é uma dessas disposições que traz essa carga de individualismo, inclusive nesse sentido é a lição de Fredier Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, senão vejamos:

“Essa regra tem por objetivo a garantia de que não se exporá o indivíduo a uma situação da qual ele não quer tomar parte e, ainda, de que o indivíduo tem a liberdade de participar do processo que julga ter interesse seu” (Didier Jr. Fredier e Zaneti Jr. Hermes. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo. 4 ed. Salvador: JusPODIUM, 2009, v. 4, pág. 196).

Contudo, o Código de Processo Civil outorgou ao legislador as situações de excepcionalidade em que o sujeito da relação processual não será o mesmo da relação material, tecendo considerações sobre o assunto destaca-se o eminente magistério de Humberto Teodoro Júnior, o qual assim disserta:

“Há, porém, nos diversos casos excepcionais de substituição processual, um interesse conexo da parte processual com o da parte material, pois a regra de legitimidade de parte como condição da ação impede que, em geral, qualquer pessoa demande em seu nome a tutela de um interesse alheio. Daí a restrição do art. 6º, que só admite a substituição processual quando a própria lei reconheça ao terceiro legitimidade especial para demandar interesse alheio.

De qualquer maneira, não se concebe que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial. (...)

Ressalte-se, por fim, que a relevância do vínculo capaz de legitimar a substituição processual só decorre de valoração que se reserva apenas à lei. A vontade das partes, portanto, não é suficiente para criar substituição processual que não tenha sido expressamente prevista em lei.

Quanto aos poderes do substituto processual, eles são amplos, no que dizem respeito aos atos e faculdades processuais, mas não compreendem, obviamente, os atos de disposição do próprio direito material do substituído, como confissão, transação, reconhecimento do pedido, etc. (Teodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol 1, 41 edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004, pág. 73).



O citado vínculo jurídico especial que Humberto Teodoro Júnior menciona capaz de permitir a atuação do substituto processual, é valorado pelo legislador, conforme acima observado.

Portanto, dentro dessa concepção liberal alinhavada na lei adjetiva brasileira se tem como fundamento do instituto a valoração feita pelo legislador, a qual cria um vínculo jurídico especial entre substituto e substituído.

2. Defensoria Pública. Substituição Processual. Tutela Individual da Criança e do Adolescente.

No âmbito da Defensoria Pública as afirmações supramencionadas se potencializam ante a disposição do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, que insere o princípio da assistência jurídica integral.

Portanto, a referida valoração e o vínculo jurídico especial que permitem aos Órgãos Defensoriais atuarem em legitimidade extraordinária na tutela individual da criança e do adolescente estão esculpadas no texto Magno.

De todo modo, o art. 4º, incs. X e XI, da LC nº. 80/94, com as alterações da LC 132/2009, Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, enfatizam e são esclarecedores no sentido da viabilidade da atuação da Defensoria Pública, como substituto processual.

Ademais, a missão institucional da Defensoria Pública foi repaginada, conforme dispõe o artigo 1º, da LC 80/94, alterada pela LC 132/09:

“Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe *como expressão e instrumento do regime democrático*, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, *de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei.*” (NR). (grifo nosso)

Destarte, a sua forma de atuação também deve ser reinterpretada, inclusive o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que pode se entender como *mens legis*, da Lei Complementar n. 132/2009, assinala o seguinte:

“Assim de acordo com o artigo 1º do Projeto a Defensoria passa a ser definida como ‘expressão e instrumento do regime democrático’. Ela fica expressamente legitimada ‘a promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais’, sendo admissíveis ‘todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela’, como não poderia deixar de ser, tendo em vista o pré-falado princípio da assistência jurídica integral.” (Parecer CCJC do Senado Federal, relator: Antônio Carlos Valadares, II – Análise, pág. 08-09).

Nesse diapasão, a Defensoria Pública como instituição pode propor a ação de destituição do poder familiar ou qualquer outra ação em defesa de criança ou adolescente, com o fito de lhe garantir a proteção integral, mencionada no art. 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Corroborando com o acima asseverado é o texto do art. 4º, X e XI, da LC nº. 80/94 com as alterações da LC 132/2009, Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, que assim dispõe:



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

(...)

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 nº. 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 da violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº. 132, de 2009).

Toda inovação legislativa de início pode causar impacto, porém não se pode deixar que os benefícios trazidos pela nova lei se esvaziem.

O novel diploma legal expressa sem dúvida uma mudança de paradigma, diante da expansão das atribuições da Defensoria Pública, para lhe permitir não só uma atuação como de regra acontecia, ou seja, representando o titular do direito material, lhe dando voz no processo, para agora possibilitar, quando necessário, o exercício da legitimação extraordinária.

Isto implica um avanço significativo na garantia dos direitos da criança e do adolescente, pois, por vezes, existem casos na vida profissional de um Defensor Público em que não há pessoas com capacidade civil para representar os sujeitos de direitos acima declinados, mas, se faz urgente a atuação, sob pena do perecimento do direito, o qual poderá ser, por exemplo, a vida, a saúde, entre outros.

Na tutela de criança e adolescente a disposição do art. 201, inc. III, do ECA, o art. 2º, § 5º, da Lei 8.560/92, só reconhecia ao Ministério Público a mencionada atuação como substituto processual, ocorre que, por muitas vezes, casos que ensejassem essa forma de proceder por primeiro poderia chegar à Defensoria Pública, e o Defensor Público só tinha como opção o encaminhamento ao Órgão Ministerial.

Contudo, para uma demanda que envolvesse perigo para criança ou adolescente a comunicação entre os órgãos poderia representar um lapso de tempo irremediável, podendo significar um risco ainda maior para aquele ser humano em desenvolvimento como em uma circunstância de determinada criança se encontrar exposta ao consumo de drogas pela sua mãe.

Ante o exposto, a Defensoria Pública é mais um órgão apto a pleitear os direitos dos mais vulneráveis em legitimação extraordinária, o que a lei fez foi fortalecer a atuação dos Órgãos Defensoriais.

Por oportuno, não se pode olvidar o entendimento de que tal permissão já se podia extrair do próprio texto constitucional como acima foi explicitado.

Na Ação de Destituição do Poder Familiar, processo n. 0001549-83.2009.814.0070, em que figurou como parte no pólo ativo Defensoria Pública do Estado do Pará e no Pólo passivo F.S.P., o Juiz da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Abaetetuba, após a exposição dos motivos acima declinados deferiu o processamento do feito, entendendo que consoante o advento das alterações na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública a instituição é legitimada para atuar como substituto processual na defesa da criança e do adolescente.



3. Conclusão.

O princípio da prioridade absoluta e da proteção integral, quanto ao resguardo dos direitos das crianças e adolescentes foram homenageados com as recentes alterações na Lei Complementar n. 80/94, haja vista a ampliação na capacidade de efetivá-los principalmente quando os respectivos destinatários estiverem desamparados, pois a Defensoria Pública será um forte instrumento para garanti-los.

REFERÊNCIAS:

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 04, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral e Processo de Conhecimento. Volume 01. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 3ª ed. Revista Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, José dos; CARVALHO, Filho. **Ação Civil Pública**. Comentários por Artigo (Lei 7.347, de 24/07/85). 7ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SOUSA, José Augusto Garcia.(Org). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



2.2.3 SÚMULA O Defensor Público deverá exercer o múnus de Curador Especial na defesa dos interesses individuais e coletivos de crianças e adolescentes, mormente nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 142 e letra “f”, do parágrafo único, do art. 148, c/c art. 98, todos da Lei 8.069/90, atuando como representante processual do infante nos autos dos processos em trâmite, bem como na qualidade de legitimado extraordinário para deflagrar qualquer ação que assegure os interesses destes sujeitos de direitos, garantindo-lhes o pleno acesso à justiça e igualdade na relação processual.

LETÍCIA ADALGISA DA SILVEIRA ZECCA SCHNEIDER
Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

LESCENTE

Ao estabelecer a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 88, indica como diretriz a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 da lei 8.069/90.

Com o fim de dar efetividade a tal comando normativo, foi criada, na estrutura da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, a Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (CDEDICA), com o objetivo de prestar assistência jurídica às crianças e aos adolescentes. A atuação desta Coordenadoria volta-se, em especial, à defesa e atendimento aos jovens privados de liberdade e ao atendimento e patrocínio das crianças e adolescentes privados do direito à convivência familiar, acolhidos em instituições de acolhimento.

Assim, em 2003, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, através da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente implantou um **Programa Institucional, denominado “Reescrevendo a História”**, para o atendimento à crianças e adolescentes afastados da convivência familiar, em instituições de acolhimento, obtendo grande êxito logo nos primeiros três meses de atuação, com diversas crianças reintegradas à família de origem, após a atuação da defesa técnica.

Com efeito, **a carência de atuação da defesa técnica nesta seara**, foi observada logo nos primeiros dias de atendimento, considerando que várias crianças tidas como desaparecidas, encontravam-se institucionalizadas em unidades de acolhimento municipais, sendo certo que, não havia intercâmbio de informações entre os órgãos, de forma a possibilitar tal levantamento.

Frise-se que essa atuação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro ocorreu em momento no qual, em âmbito nacional, foi criada uma Comissão Intersetorial composta por representantes de cinco Ministérios, dos três poderes e da sociedade civil visando a elaboração de um Plano Nacional e de Diretrizes de Políticas que visassem a Promoção à Convivência Familiar e Comunitária⁷.

⁷ A Comissão Intersetorial para Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, além dos Ministérios, era composta pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Direitos Humanos; IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA); CONADE (Conselho



Os trabalhos dessa Comissão, criada por decreto presidencial, em 19 de outubro de 2004, foram concluídos em abril de 2005 e dos quais resultou o chamado Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, aprovado em dezembro de 2006 pelo CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente) e pelo CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social)

Tal Plano apresenta um conjunto de ações que deverá ser implementado e implantado no horizonte de 09 anos (2007-2015) e baseia-se na mudança do paradigma do atendimento à criança e adolescente, e para efetivação do seu direito à convivência familiar e comunitária fundamenta-se, dentre outras, na diretriz da Garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade dos Programas de Acolhimento Familiar e Institucional.^{8,9}

Além de outros subsídios, o Plano baseou-se nos dados apresentados pela Caravana da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados e na pesquisa sobre os programas de acolhimento que faziam parte da Rede de Serviço de Ação Continuada (Rede SAC) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

A Caravana foi realizada entre os meses de setembro e dezembro de 2001 e percorreu 8 (oito) Estados Brasileiros, dentre eles; Rio de Janeiro, São Paulo e Bahia; com o objetivo de verificar a real situação dos programas de acolhimento para crianças e adolescentes e constatou que:

- *por falta de recursos e políticas públicas que visam privilegiar a convivência familiar*: grande parte das crianças e adolescentes que eram acolhidos permaneciam institucionalizados até completarem 18 anos, ou seja, nem retornavam ao convívio da família de origem, nem eram colocados em família substituta.

Por outro lado, em 2003, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) realizou levantamento em 589 abrigos, das 670 instituições beneficiadas com recursos do Governo Federal que eram repassados por meio da Rede de Serviços de Ação Continuada do Ministério de Assistência e Promoção Social (Rede SAC), e constatou que:

- Os 589 abrigos visitados possuíam em torno de 19.400 crianças/adolescentes, e deste número verificou-se que 86,7% possuíam família

Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência); o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente); o CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS), e Associação Nacional dos Defensores Públicos da União.

⁸ Todo este processo aconteceu simultaneamente a um movimento de discussão internacional liderado pelo Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a necessidade de aprimorar os mecanismos de proteção integral dos direitos da criança privada dos cuidados parentais, com recomendações, em 2004 e 2005, da elaboração de nova normativa internacional a esse respeito.

⁹ *Diretrizes do Plano Nacional:*

- Primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família
- Reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades
- Centralidade da família nas políticas públicas
- Controle social das políticas públicas
- Reordenamento dos programas de Acolhimento Institucional
- Garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade dos Programas de Famílias Acolhedoras e de Acolhimento Institucional de crianças e de adolescentes
- Adoção centrada no interesse da criança e do adolescente
- Fortalecimento da autonomia da criança, do adolescente e do jovem adulto na elaboração do seu projeto de vida

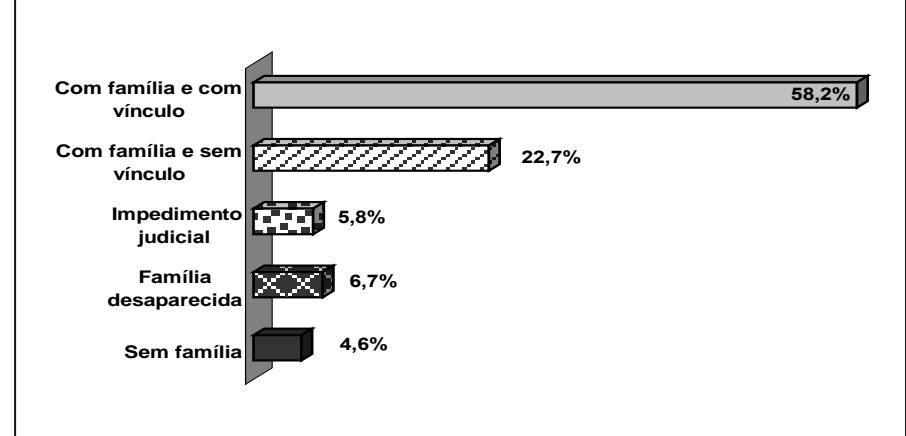


• Deste percentual (86,7%):

- **58,2%:** mantinha o vínculo com seus familiares, ou seja, embora afastados da convivência, as famílias os visitavam periodicamente;
- **22,7%:** a família raramente aparecia para visitar o abrigado, ou seja, embora conhecida e localizada, a criança não mantinha vínculo constante com a família;
- apenas **5,8%** estavam impedidos judicialmente de contato com os familiares

A pesquisa concluiu que, ao contrário do que o senso comum supõe, a maior parte das crianças e dos adolescentes que vivem nos abrigos não são órfãos, apenas 5% dos infantes pesquisados estão nesta situação.

Gráfico: Brasil – Crianças e adolescentes abrigadas, segundo vínculo familiar

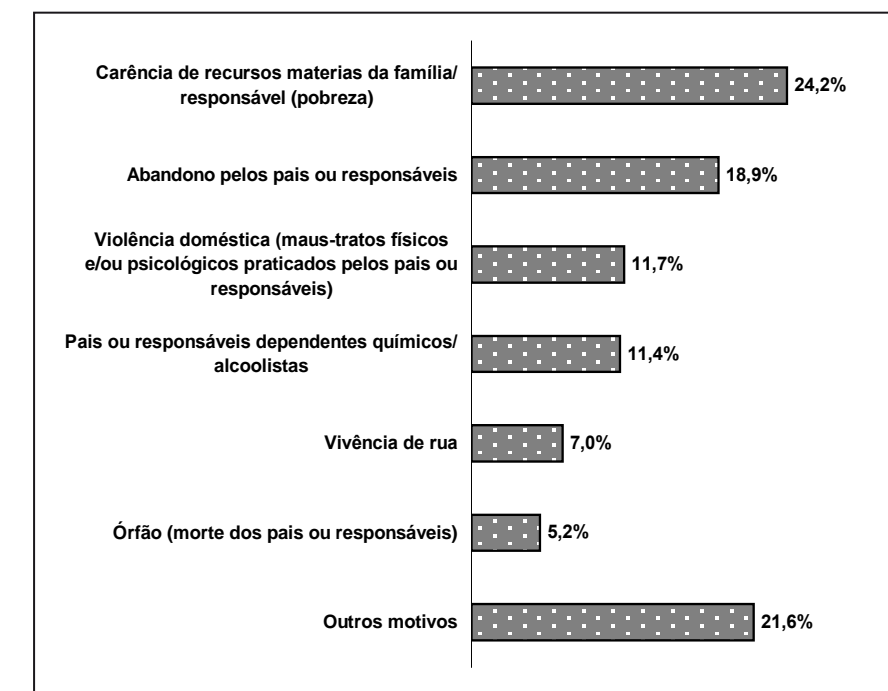


O *Levantamento Nacional* apontou que o princípio da brevidade da medida de acolhimento, estabelecido pelo §1º do artigo 101, do ECA, também não vem sendo cumprido, uma vez que mais da metade das crianças e dos adolescentes abrigados viviam nas instituições há mais de dois anos, enquanto 32,9% estavam nos abrigos por um período entre dois e cinco anos, 13,3%, entre seis e dez anos, e 6,4%, por mais de dez anos.

Além disso, o IPEA constatou que a principal causa que motivava o abrigamento da expressiva parcela das crianças e adolescentes encontradas nas instituições de abrigos estava relacionada à pobreza.

-Respeito à diversidade étnico-cultural, à identidade e orientação sexuais, à equidade de gênero e às particularidades das condições físicas, sensoriais e mentais

Gráfico: Brasil – Motivos do ingresso de crianças e adolescentes em abrigo, segundo a frequência



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigo

Ocorre que, mesmo diante desses dados e da enorme necessidade de atuação, no Estado do Rio de Janeiro, diante da carência de Profissionais, o projeto Reescrevendo a História, lamentavelmente, teve que ser interrompido, até que, em 2007, foi retomado, com a designação de Defensores Públicos exclusivamente para tal desiderato.

Como estratégia de atuação, inicialmente, elegeu-se 10 (dez) Instituições na área do Município do Rio de Janeiro, para retomada da atuação em Projeto-Piloto.

Verificou-se que a situação anteriormente observada tinha sido agravada, considerando o grande número de crianças institucionalizadas pelo Conselho Tutelar e por outros órgãos, sem que houvesse qualquer controle sobre as condições de institucionalização.

Na verdade, até então, nenhum dos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos do Estado possuía dados acerca do número de Instituições de Acolhimento, do número de crianças e adolescentes institucionalizados, dos responsáveis, bem como dos motivos de abrigamento e demais informações relevantes.

Observou-se que inúmeras crianças/adolescentes permaneciam institucionalizados por anos, sem que sua situação fosse revista.

Iniciados os atendimentos, constatou-se que grande parte dos casos, as crianças/adolescentes tinham sido institucionalizados **fora das hipóteses legais**, sem a mínima observância das garantias constitucionais, tratados como **meros objetos da atuação estatal**, em situação que remontava ao antigo Código de Menores.

Desta forma, diante da necessidade de assegurar a defesa técnica efetiva às crianças/adolescentes institucionalizados, como **sujeitos de direitos**, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro passou a atuar em prol dos interesses dos mesmos, no exercício da Curadoria Especial, na forma prevista no parágrafo único do art. 142 e na letra "f", do parágrafo único do art. 148, ambos da Lei 8.069/90.

Na qualidade de Curador Especial das crianças/adolescentes institucionalizados,



em atuação pro-ativa, passou-se a efetuar o levantamento da situação individual dos acolhidos, através de visitas periódicas às instituições, e verificar se já havia algum procedimento judicial em curso. Caso existisse ação em andamento, buscava-se a nomeação de curador especial de forma incidental por meio de mera petição nos autos, sem prejuízo de distribuição de procedimento específico visando, em especial, a aplicação das medidas protetivas elencadas nos arts. 101 e 129 da Lei 8.069/90. Tal procedimento convencionou chamar-se de PAMP – Procedimento de Aplicação de Medida Protetiva, hoje denominado de Procedimento de Reavaliação de Medida de Acolhimento Institucional, diante da Lei 12.010/2009 que conferiu nova redação aos arts. 19 e 153 da Lei 8.069/90.

A Defensoria Pública percebeu que, via de regra, a criança era acolhida institucionalmente e nenhuma outra medida protetiva era aplicada, permanecendo institucionalizada, sem que houvesse qualquer investigação sobre os motivos do acolhimento e sem qualquer intervenção no seio da família, de forma a prepará-los para a reintegração da criança, conforme o caso.

Por outro lado, desde o primeiro momento, a família de origem sempre foi tratada pelos atores do Sistema de Garantias de Direitos como desidiosa, sem que lhes fosse possibilitada, minimamente, a defesa técnica.

Releva salientar que, após o acolhimento da criança/adolescente e análise dos dados cartorários das Varas de Infância e Juventude, os únicos procedimentos judiciais propostos e localizados eram deflagrados pelo Ministério Público com vistas a punir os genitores ou responsáveis, a saber, ações de destituição do poder familiar e representações por infração administrativa.

Não havia qualquer processo judicial **para proteção efetiva da criança/adolescente institucionalizado**, apenas, os referidos procedimentos para punição dos pais, enquanto **os sujeitos de direitos permaneciam institucionalizados, fora das hipóteses legais**.

Neste contexto, em apenas alguns meses de atuação da defesa técnica especializada, através da Curadoria Especial, mediante o atendimento *in loco* e verificação dos prontuários nas instituições de acolhimento, exitosos resultados foram obtidos e, das 1.061 crianças/adolescentes atendidas, aproximadamente, 385 foram reinseridas na família de origem ou adotadas.

Essa atuação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro gerou movimentação nas demais Instituições do Sistema de Garantia de Direitos que passaram a ser formalmente provocadas a atuar em prol das crianças/adolescentes institucionalizados, através de pedidos judiciais visando a aplicação de medidas protetivas.

Assim, os resultados alcançados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro passaram a mobilizar os demais Atores que, começaram a desenvolver, em suas respectivas Instituições, programas e projetos de atendimento em Instituições de Acolhimento.

Frise-se que a Lei 12.010/2009, que altera e acresce dispositivos à Lei 8.069/90, passou a prever expressamente procedimento alusivo ao acolhimento institucional de crianças e adolescentes, determinando a jurisdicionalização e abalizando, ainda mais, a atuação da defesa técnica, que já vinha sendo adotada desde 2007.

Na esteira do estabelecido nos §§1º e 2º do art. 19 do ECA, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da Comissão Estadual Judiciária de Adoção do Estado do Rio de Janeiro – CEJA/RJ, idealizou o denominado PLANO MATER cujo objetivo é **garantir o direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar e comunitária**, direito previsto no art. 227 da CF/88.

Segundo o próprio documento obtido no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a saber, http://www.tjrj.jus.br/institucional/ceja/atosinternos/2009/regimento_interno_ceja.pdf, o PLANO MATER tem como meta final a “*inserção das crianças e adolescentes abrigados na família quer de origem, quer substituta, posto ser a família a celular MATER da sociedade.*”, esclarecendo ainda que: “O contingente de crianças e adolescentes que permanecem “institucionalizadas” nas casas de abrigo, embora configurado o absoluto abandono por parte da família de origem, é o retra-

to de uma realidade que milita na contramão dos avanços sociais da Constituição Federal de 1988”.

Na concretização da meta mencionada, dentre outras medidas, foi instituído pelo Presidente do referido Tribunal de Justiça o Ato Executivo n.º 4.065/2009 que, em seu art. 50 prevê que os Juizes das Varas da Infância e Juventude deverão realizar, semestralmente, audiências concentradas de reavaliação das crianças e adolescentes acolhidos, preferencialmente, nos meses de abril e outubro.

Assim, segundo o referido Plano, todos os Juizes de Infância e Juventude do Estado **devem realizar, anualmente, nos meses de Abril e Outubro**, audiências de reavaliação da Medida Protetiva de Acolhimento Institucional, *in loco*, como forma de evitar abrigamento injustificado e por longos períodos, adotando como regra a presença dos Juizes dentro das Instituições de Acolhimento, forma de atuar já utilizada pela Defensoria Pública há anos.

Frise-se, ainda, que o art. 9º do Fluxograma de Audiências determina a nomeação de curador especial à criança ou adolescente quando da ausência do representante legal, *in verbis*:

“Art. 9º - Não estando presente o representante legal da criança ou do adolescente, o Juiz nomear-lhe-á Curador Especial.”

Paralelamente, a Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgão da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, na medida em que consolida a jurisprudência favorável à defesa técnica dos institucionalizados, abalizada pelo trabalho de campo realizado no município do Rio de Janeiro, trabalha a especialização de todos os Exmos. Defensores Públicos com atribuição para esta área específica do Direito, visando a extensão deste atendimento à todas as Comarcas do Estado.

Da especialização no trabalho resultaram diversas recomendações operacionais, reduzidas na forma de enunciados e reconhecidas em Oficinas de Trabalhos da Instituição, a saber:

- Os Defensores Públicos, atuando na qualidade de Curador Especial em prol dos interesses da criança e do adolescente, tem legitimidade extraordinária para propor qualquer ação a fim de garantir os interesses da criança e do adolescente, inclusive ação de destituição do poder familiar;
- Recomenda-se ao Defensor Público para que atue efetivamente nas medidas de abrigo (leia-se “acolhimento institucional”), buscando sempre a reintegração familiar com aplicação de programas sociais do governo e, só em última hipótese, a colocação em família substituta;
- Recomenda-se ao Defensor Público a observância de que a adoção intuitu personae não é vedada pela nossa legislação;
- O Defensor Público em atuação nos órgãos existentes perante as Varas de Infância, Juventude e Idoso e Núcleos deverá oficiar, mensalmente, às instituições para que informem o rol das pessoas institucionalizadas em abrigos (leia-se “acolhimento”), asilos e similares, visando a adoção das providências pertinentes;
- Recomenda-se aos Defensores Públicos que, ao elaborar a petição inicial, inclua pedido de nomeação de Defensor Público para exercer a Curadoria Especial, nas hipóteses do art. 142, parágrafo único, e art. 148, parágrafo único, alínea “b”, ambos do ECA (L. 8.069/90).

A função da Defensoria Pública do Rio de Janeiro de atuar na qualidade de curador especial à crianças e adolescentes tem sido reconhecida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme se depreende das ementas de acórdãos abaixo colacionadas:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA PROTETIVA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO PARA NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. RE-



FORMA POIS O FUNCIONAMENTO DESSE ÓRGÃO É INDISPENSÁVEL, EM SE TRATANDO DE INTERESSE DE MENORES. PROVIMENTO DO RECURSO.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO 6877/2008, REL. DES. OTÁVIO RODRIGUES, JULG. 30 DE ABRIL DE 2008)

“APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA. MENOR RECOLHIDO A ABRIGO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ANULAÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. MANIFESTO INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA EM FACE DA GENITORA DO MENOR QUE NÃO OBSTA O INTERESSE NA APLICAÇÃO DE DETERMINADAS MEDIDAS PROTETIVAS.

1- Rejeição da preliminar de competência do Conselho Recursal para julgamento do recurso. Art. 6º, inciso II, alínea a), do Regimento Interno do TJ/RJ.

2- Legitimidade da Defensoria Pública para postular a aplicação de medidas protetivas em favor do menor, bem como para postular sua nomeação para exercer o múnus de Curador Especial. Art. 148, parágrafo único, alínea f), do ECA, em cotejo com o art. 179, §3º, inciso II e inciso V, alínea g), da Constituição Estadual. Precedentes.

3- Interesse processual caracterizado. Pretensão manifestada no presente processo distinta daquela formulada na Representação Administrativa em face da genitora do menor. Enquanto ali se postula, precipuamente, a aplicação de sanção em razão do descumprimento de dever inerente ao poder familiar, aqui se pretende a aplicação de medida protetiva específicas e concretas a reintegrar o menor à família natural. Necessidade de atendimento aos interesses da criança e do adolescente, permitindo a fruição dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Doutrina da proteção da proteção integral.- PROVIMENTO DO RECURSO. ANULAÇÃO DO JULGADO.”

(Des. Carlos Santos de Oliveira, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 2009.001.41180)

“ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Ação negatória de paternidade proposta pelo pai registral em face da filha menor representada pela mãe , cônjuge do autor. Petição inicial instruída com declaração em que o cônjuge mulher confessa o adultério e reconhece que o demandante não é o pai biológico da ré. Revelia. Exame de DNA que exclui a paternidade biológica. Sentença de procedência. 1. O sentido do parágrafo único do Art. 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente e da segunda parte do inciso I do Art. 9º. do CPC não indica que se deva ao menor impúbere dar curador especial apenas quando seu representante tenha interesse conflitante com o do representado. A fim de se preservar direitos como a ampla defesa e ao acesso à justiça, tal nomeação deve ocorrer sempre que o comportamento do representante conflitar com a defesa do representado ou puder dificultá-la. 2. Prevalecendo a paternidade e a filiação sócio afetivas sobre a biológica e a registral, impõem-se reconhecer que, nas circunstâncias, torna a sentença nula a não nomeação de curador especial a menor, o que possibilitaria perquirição mais ampla da verdade real.3.



Provimento do apelo. Unânime. (APELAÇÃO CÍVEL 2007.001.62322, DES. FERNANDO FOCH LEMOS, Julgamento 11 de março de 2008, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

“ Recurso contra decisão do Juízo da Infância, da Juventude e do Idoso, que deferiu a inicial de Pedido de Aplicação de Medidas Protetivas proposto pela Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CDE-DICA, órgão da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Legitimidade da Defensoria para atuar como Curador Especial e para exercer a defesa dos direitos da criança e do adolescente.”

(decisão proferida nos autos do recurso n.º CM 2008.004.962 pelo Egrégio Conselho da Magistratura deste Tribunal ao reconhecer a imprescindibilidade da atuação da Curadoria Especial)

EMENTA: Agravo de instrumento. Decisão do juiz da infância e juventude que indefere pedido de nomeação de Curador Especial na pessoa de Defensor Público à criança abrigada nos autos de ação de destituição do poder familiar movida pelo Ministério Público em relação a mãe daquela e proíbe a visitação da avó paterna à neta do abrigo onde esta se encontra. Aplicação dos arts. 142 parágrafo único e 148 parágrafo único letra f) da lei 8069/90 (ECA). Obrigatoriedade de nomeação de curador especial a criança ou adolescente e sempre que seus interesses colidam com o de seus pais ou quando carecer de representação. Melhor interesse da criança. Inteligência do art. 227 CF/88. Direito da criança tem que ser ouvido em juízo. Amplo processo de justiça que só se perfaz em caso concreto a partir de um agir proativo da Defensoria Pública nos abrigos. Inexistência de colidência ou usurpação de funções entre a curadoria especial e o Ministério Público. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes. Convivência familiar. Avó paterna que é o único laço familiar e afetivo da criança. Ausência de perigo na visitação da avó realizada no abrigo. Institucionalização da criança que deve ser evitada obrigação do Estado de prova o atendimento necessário a avó e a criança. Recurso provido. (Agravo de Instrumento n.º 2008.002.25921; 5ª Câmara Cível, TJ-RJ)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – MENORES – CURADOR ESPECIAL – NECESSIDADE – ART. 9, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A hipótese é de Agravo de Instrumento ofertado contra decisão de fls.12/13 que indeferiu a nomeação de curador especial, sob fundamento de que os menores não seriam Réus da relação processual e o Ministério Público estaria atuando não só como *custus legis*, mas também em prol dos interesses dos menores.

O cerne da questão seria a necessidade da nomeação de Curador Especial para atuar no feito relativo á representação administrativa ajuizada pelo Conselho titular de Jacarepaguá em face da genitora dos menores e de seu marido, tendo em vista a suspeita de abuso sexual por parte desde último.

Compete a Defensoria Pública o múnus da Curadoria Especial, nos termos



do art. 148, parágrafo único, "F", da Lei Complementar nº06/77.

A intervenção do Ministério Público não supre a falta de curador.

Agravo provido." (Des. Caetano E. da Fonseca Costa; Agravo Instrumento n.º 39.180/2008: 7ª Câmara Cível, TJ-RJ)

"APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA PROTETIVA. REINTEGRAÇÃO DE MENOR NO AMBIENTE FAMILIAR. AJUIZAMENTO POSTERIOR DE AÇÃO DE NOMEAÇÃO DE GUARDIÃO. DEFERIMENTO DA GUARDA PROVISÓRIA À AVÓ MATERNA. PERDA DO INTERESSE DE AGIR RESTRITO AO PEDIDO DE NOMEAÇÃO DE GUARDIÃO. NECESSIDADE E UTILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COM RELAÇÃO AOS PEDIDOS DE REAVALIAÇÃO DA MEDIDA DE ABRIGAMENTO E AS DEMAIS PROTETIVAS. PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. A Curadoria Especial pleiteou medidas protetivas diversas a fim de reintegrar menor colocada em abrigo no ambiente familiar. Com o ajuizamento de ação de nomeação de guardião e a concessão de guarda provisória à avó materna da menor, houve a perda superveniente do interesse de agir, apenas com relação à nomeação de guardião. Porém, a criança e sua avó ainda precisam de apoio para que não volte a se deteriorar a relação familiar, evitando nova institucionalização. Sentença reformada, apreciando-se o mérito, pela aplicação do princípio da causa madura. Reavaliação do pedido de abrigo, aplicação das medidas protetivas de orientação, apoio e acompanhamento temporários pelos CRAS e inclusão em programa oficial de auxílio. Medidas protetivas que se mostram úteis diante da atual situação da menor, visando mantê-la integrada ao seu ambiente familiar. PROVIMENTO DO RECURSO"

(Des. Teresa de Andrade Castro Neves, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 2009.001.08188)

A **Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, diante da constatação da permanência prolongada de crianças e adolescentes em Instituições de Abrigamento e do conseqüente desrespeito ao mandamento constitucional que assegura com prioridade absoluta a convivência familiar e comunitária, **extraiu recomendação** aos Magistrados daquele Estado, **contendo em seu parecer, o reconhecimento expresso da hipótese de nomeação de Curador Especial à criança, à despeito da atuação do Ministério Público**, vejamos:

"(...)Um outro argumento apresentado pelos magistrados, esse extremamente sério, diz respeito ao fato de **alguns representantes do ministério público não ajuizarem os pedidos destituidórios do poder familiar**. Cabendo a eles a legitimidade primeira para a propositura da ação, a sua inércia realmente cria entrave de difícil transposição. Entende-se, respeitadas as doutes opiniões em contrário, que o Ministério Público tem o poder-dever de defender os interesses dos menores, não podendo se furtar ao cumprimento de sua obrigação. Assim, preenchidos os requisitos legais para o ajuizamento do pedido destituidório do poder familiar, deve (e não pode) o Ministério Público ajuizar a demanda. O convívio familiar é direito do menor, e deve obrigatoriamente ser defendido pelo Ministério Público. O que fazer, porém, se o representante do ministério público não ajuíza o pedido destituidório quando entende o magistrado estarem preenchidos os requisitos para tanto? **Se aquele a quem foi atribuído o poder-dever legal de representar e defender os interesses do menor em juízo e fora dele ficar inerte**, abre-se ao magistrado duas hipóteses, quais sejam: (a) provocar a manifestação do Promotor de Justiça no sentido de que não irá ajuizar o pedi-

do destituidório e, então, aplicar por analogia o disposto pelo artigo 28 do Código de Processo Penal (se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará ou órgão do Ministério Público para oferece-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender), submetendo ao Procurador Geral do Ministério Público a reapreciação da matéria; e **(b) não havendo manifestação expressa do Promotor de Justiça no sentido de que não irá ajuizar a ação destituidória, poderá o magistrado nomear Curador Especial ao menor, dentro daqueles inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, passando o Ministério Público a atuar no processo como fiscal da lei, posição por ele tomada quando o pedido destituidório é ajuizado por terceiro legitimado para tanto. Essa seria a solução apontada pelo parágrafo único do artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente (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), combinado com o artigo 29 do Código de Processo Penal (será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal).** Essa questão envolve matéria jurisdicional, competindo ao magistrado agir da maneira que entender cabível. Entende-se, porém, que agindo de qualquer das formas mencionadas, **estará o magistrado cumprindo seu mister, assegurando ao menor o direito de ser inserido em família substituta, sem qualquer ofensa às atribuições do Ministério Público**, inclusive respeitando a convocação de seu representante. (...)

São Paulo, 22 de março de 2004.

REINALDO CINTRA TORRES DE CARVALHO

Juiz Auxiliar da Corregedoria

DECISÃO:

Visto.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar, RECOMENDANDO sejam revistos pelos Juízes da Infância e da Juventude os processos que envolvam crianças e adolescentes abrigados, verificando-se se foram esgotados os meios possíveis de reinserção dos mesmos em sua família biológica, e caso isso já tenha ocorrido, da necessidade de ajuizamento de pedido destituidório do poder familiar, visando a possibilitar a sua colocação em família substituta. Publique-se o parecer e a presente decisão por 03 dias alternados no Diário Oficial, para conhecimento.

São Paulo, 31/03/04.

JOSÉ MÁRIO ANTONIO CARDINALE

Corregedor Geral da Justiça."

(Ato publicado na Imprensa Oficial de São Paulo dias 06, 12 e 14/04/04 - grifos e nota de referência nossos)



ANEXO II

MODELOS DE PETIÇÕES

1º) modelo de requerimento de nomeação de curador especial nos autos dos procedimentos em trâmite

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da _____ Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de _____

Processo No _____

_____, **representado pela Curadoria Especial**, através da Defensoria Pública, vem, perante V.Exa., informar e requerer o que se segue:

1. A Defensoria Pública do Estado _____, executa a prestação de atendimento, *in loco*, às crianças e adolescentes institucionalizados, bem como, atua realizando o primeiro atendimento, propositura e acompanhamento de ações que versem sobre a defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

2. Cumpre salientar, por oportuno, que **no Estado _____ é função institucional da Defensoria Pública atuar como Curador Especial, bem como, patrocinar a defesa dos interesses de crianças e adolescentes**, como preleciona o dispositivo da **Constituição Estadual** abaixo transcrito:

3. Cabe trazer à colação ainda, o disposto na Lei Complementar n.º 80/94, acerca da **atuação específica de Curadoria Especial** pelos Defensores Públicos, senão vejamos:

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; “

4. Por outro lado, o art. 148, parágrafo único, letra f, da Lei 8.069/90, estabelecendo a competência da Justiça da Infância e Juventude nas hipóteses elencadas no art. 98 do ECA, determina a designação de **curador especial** em todos os procedimentos judiciais em que haja interesses de criança ou adolescente, em consonância com a disposição expressa no art. 9º do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“O juiz dará curador especial:

I-ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele...” (grifei)

5. Outrossim, importante citar os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõem

sobre a nomeação de curador especial:

“ 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 de assistência legal ainda que eventual.”

Art. 148. (...)

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.” (grifo nosso)**

6. Ademais, ressalta-se o disposto no artigo 12 da Convenção sobre Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e da qual o Brasil é signatário através do decreto legislativo 28, de 14/09/1990:

Art. 12

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 em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.

2- Com tal propósito, proporcionar-se-á 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 de legislação nacional

7. Diante do exposto, a Defensora Pública signatária, no desempenho de seu munus e no exercício de suas atribuições legais, vem, perante V.Exa., requerer:

a) a nomeação de **Curador Especial** para atuar como representante processual da criança _____, determinando a abertura de vista dos autos e apenas aos Defensores Públicos em exercício na _____, em observância à procedência legal;

b) que seja determinado à equipe técnica da instituição onde _____ encontra-se acolhido institucionalmente que confeccione **Estudo Social**, apontando as providências necessárias para promover o direito à convivência familiar e comunitária da criança, respondendo-se aos quesitos adiante formulados;

_____, de de 2010



Quesitos:

1. A partir de qual data a criança ingressou na instituição de acolhimento?
2. Qual o motivo da aplicação da medida protetiva de acolhimento institucional?
3. A criança esteve acolhida em outra (s) instituição (s) anteriormente?
4. A criança recebe visitas? De quem? Qual a periodicidade?
5. Há informação sobre o endereço dos responsáveis legais; de outro membro da família; ou de quem possua vínculo afetivo com a criança? (Indique o(s) endereço(s))
6. A criança possui irmãos? Em caso positivo, esclarecer quem são e onde se encontram.
7. Quais as condições da habitação em que residem os responsáveis legais ou pessoa que possua vínculo afetivo com a criança? Quem reside na respectiva residência? Na hipótese de residirem outras pessoas, qualificar cada uma, informando se exerce atividade laborativa, qual a renda mensal, e, se forem crianças/adolescentes, se estão matriculadas e frequentando instituição de ensino.
8. Os responsáveis legais exercem atividade laborativa? Qual? Qual é a renda mensal dos mesmos e origem?
9. Quais são as atuais necessidades materiais dos responsáveis legais? Necessitam encaminhamento para algum programa de assistência social? Caso já tenham sido encaminhados, estando inseridos em programas de auxílio social, indicar quais os programas.
10. Os responsáveis legais possuem condições para o exercício da guarda da criança? Há algum familiar que embora não disposto ao exercício da guarda, teria condições de exercê-la, em tese? Caso positivo, fornecer nome, endereço e telefone para contato.
11. A criança necessita de encaminhamento para algum tratamento (médico/ psicológico) que não esteja sendo realizado com auxílio da instituição de acolhimento?
12. Os responsáveis legais possuem algum comprometimento de suas faculdades mentais? Ou problemas psicológicos? Ou problemas de saúde?

Queira a equipe técnica prestar outros esclarecimentos que julgar necessários.

2º) modelo de Agravo de Instrumento em face de decisão de indeferimento de nomeação de curador especial

Exmo. Sr. Dr. Desembargador _____ Vice Presidente do Tribunal de Justiça do Estado _____:

Processo de Origem n.º _____,

representado pela Curadoria Especial, através da Defensoria Pública, vem, perante V.Exa., tempestivamente, com fulcro nos arts. 522 e segs. do CPC, interpor o presente recurso de

AGRAVO DE INSTRUMENTO

contra a r. decisão interlocutória do M.M. Juízo da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de _____, prolatada nos autos do processo n.º _____, requerendo, incontinenti, a concessão de efeito suspensivo ativo, tudo conforme as Razões do Recurso que seguem anexas.

Informa, outrossim, que instruem o presente recurso, por cópia, os seguintes documentos:

- decisão agravada (doc. 1);
- certidão de intimação (doc. 2);
- cota de ciência da decisão atacada (doc. 3);

Nestes Termos

Pede Deferimento.

_____, ____ de _____ de 2010.

RAZÕES RECURSAIS:

Origem:

Processo n.º:

Agravante:

DA R. DECISÃO ATACADA

Insurge-se a Agravante da r. decisão interlocutória proferida pelo d. Juízo a quo que indeferiu o pedido de nomeação de curador especial sob o fundamento de que a aplicação do art. 148, parágrafo único, alínea f da Lei 8.069/90 somente ocorre quando a criança ou adolescente é parte.

Assim se manifestou a I. Magistrada:

“Indefiro o pedido de fls. 84/88 já que adiro o entendimento de que o artigo 148, parágrafo único letra f só se aplica quando a criança ou adolescente é parte, o que não é o caso da presente ação. Dê-se ciência pessoal. Cite-se por edital. Ao MP sobre as citações negativas.”

Data vênia, a r. decisão atacada merece reparo.

DA ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ab initio, trata-se de ato jurisdicional a que se imputa a qualidade de decisão interlocutória que inexoravelmente causará **dano irreparável** às crianças _____ cujo direito à convivência familiar e comunitária foi violado, na forma descrita no art. 227 da Constituição Federal de 1988 e de seu desdobramento no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O indeferimento da nomeação de Curador Especial afronta dispositivo legal expresso que determina sua nomeação em todos os procedimentos afetos à criança e ao adolescente (Art. 142, parágrafo único e Art. 148, parágrafo único, f, Lei 8069/90), bem como inviabiliza a manifestação da criança como sujeito de direitos, reconhecida como pessoa em desenvolvimento (art. 6º, Lei 8.069/90).

O recurso cabível (Agravo) contra tal decisão interlocutória deve ser engendrado na modalidade INSTRUMENTO, haja vista a manifesta ausência de interesse recursal que haveria, acaso fosse o presente interposto na forma RETIDA em razão da evidente lesão grave e de difícil reparação ao direito ao convívio familiar e comunitário nos termos do Art. 227, CR.



Busca-se a aplicação do art. 527, III do CPC, pelo que se requer a nomeação de Curador Especial a _____, pleito amparado nos argumentos adiante desenvolvidos, bem como diante do fato de que a manutenção da decisão causará **dano irreparável** aos infantes como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e diante da violação ao seu direito à convivência familiar e comunitária (Art. 19, ECA).

Neste contexto, cabível informar decisão recente proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Leandro Ribeiro da Silva, nos autos do agravo de instrumento n.º 2009.002.15917:

“1- Oficie-se ao Juízo monocrático, para que preste as informações no prazo legal, inclusive, quanto ao cumprimento do disposto no art. 526 do CPC; 2 – Ao agravado para, querendo, oferecer contra-razões, facultando-lhe a junta de documentos; 3 – Após, a D. Procuradoria; 4 – **Defiro o efeito suspensivo ativo, para que a DP figure na qualidade de Curadoria Especial até o julgamento do recurso.**” (AI n.º 2009.00215917, Décima Quinta Câmara Cível, TJ-RJ, em 30/04/2009) (grifei).

Logo, requer, desde já, que o presente Recurso seja conhecido por V. Exas., seguindo-se ao exame de seu mérito.

DA EXPOSIÇÃO DOS FATOS

DA VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito ao devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no art. 5º, LV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*.

Deste fundamental princípio decorrem todas as garantias processuais aos litigantes do direito a **“um processo e a uma sentença justa.”**¹

Entende-se tal princípio por seu aspecto processual e pelo seu aspecto material

Sob o aspecto material, o princípio do devido processo legal foi violado pela r. decisão recorrida que não assegura os direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento: direito à convivência familiar (art. 227, CR), preservação da família como instituição que merece especial proteção do Estado (Art. 226, CR); nortes seguidos pelo curador especial.

Em seu aspecto processual, a observância do devido processo legal reveste-se pela observância do procedimento previsto, de formalidades previstas, da garantia às partes para adoção de todos os meios processuais previstos para a tutela de seus direitos, da paridade de armas, do direito à assistência jurídica gratuita, do direito ao contraditório e à ampla defesa etc.

No aspecto processual, o princípio do devido processo legal visa ordenar o procedimento, reduzindo o risco de ilegais e arbitrárias atuações do Poder Judiciário nos bens tutelados pela cláusula.

No caso *sub examine*, a ofensa a tal princípio decorre do fato de que **o procedimento não obedece às formalidades prescritas**, revelando-se ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Faz-se importante ressaltar que todos os procedimentos em que haja interesse de crianças ou adolescentes envolvidos devem seguir as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente que determinam a nomeação de curador especial, observando-se

¹ Nelson Nery Junior, Princípios do Processo Civil da Constituição Federal, 7ª. Edição, Ed. RT, pág.32

os princípios constitucionais, não sendo legítima a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente sob a égide do “melhor interesse da criança”, ao arrepio da lei vigente ou ainda com base em suposto acurado bom senso!!!!

Sobre a questão, cabe destacar o seguinte ensinamento:

“A preocupação com a singeleza de certas regras do Direito do Menor, com o abandono de princípios fundamentais do Direito, submetido o intérprete e aplicador de suas normas apenas ao melhor interesse, não é nova nem exclusivamente brasileira. Estrangeiros insistem em que as regras do devido processo legal devem ser invocadas para que a jurisdição não se converta em centro de poder ilimitado.”²

DA VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PELA AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL

Inicia-se aqui o ponto fundamental deste recurso e que diz respeito à análise da figura do curador especial, sua nomeação e atribuições, dados que merecem descrição minuciosa para que seja verificada e efetivada a função institucional da Defensoria Pública e sua atuação como Curador Especial, múnus público conferido por lei no papel de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

a) Do Código de Menores Ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Curadoria Especial

O Código de Menores de 1979, atualizando a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei n. 4.513/1964) e baseado na doutrina da “situação irregular”³, estabelecia uma política intervencionista estatal com nítido caráter autoritário das políticas sociais e assistenciais na área infanto-juvenil e que, segundo Lucia Maria Teixeira Ferreira, resultou “numa excessiva quantidade de internações de “menores em situação irregular” em grandes internatos estaduais”⁴.

Neste contexto, o Código de Menores estabelecia a competência do Juiz de Menores e previa a figura do Curador de Menores, função exercida pelo Ministério Público, na forma do art. 90 do citado Diploma legal⁵.

² Antônio Fernando do Amaral e Silva, artigo publicado no jornal “ O Estado de S. Paulo” de 22/08/1990

³ “Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

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

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

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

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

III - em perigo moral, devido a:

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

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

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

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

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.”

⁴ Em “O Cuidado como Valor Jurídico”, Coordenadores Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Editora Forense, 1ª edição, 2008, p. 157.

⁵ “Art. 90. As funções do Ministério Público serão exercidas pelo Curador de Menores, ou quem suas vezes fizer, nos termos da legislação local.”



Percebe-se, outrossim, que além da figura do Curador de Menores, em seu art. 89, inciso III, a legislação mencionava a do Curador Especial, distinta da primeira:

“Art. 89. Quando se tratar de menor em situação irregular, é competente o Juiz de Menores para o fim de:

(...)

III - designar curador especial em casos de adoção, de apresentação de queixa ou de representação, e de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesse do menor; (...)”

A cultura da institucionalização baseada na Lei Menorista perdurou – “ou deveria ter perdurado” – até o advento da Constituição Federal de 1988 que, rompendo com a teoria da situação irregular, incorporou a doutrina jurídica da proteção integral da criança e do adolescente ao estabelecer no art. 227 que:

“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.”

Tal doutrina afirma o valor da criança como ser humano e, assim, sujeito de direitos; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; seu valor como portadora da continuidade de sua espécie e reconhece, ainda que de forma implícita, a sua vulnerabilidade.

A regulamentação da norma constitucional foi efetivada através da edição da Lei 8.069, em 1990, reconhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação que não mais faz menção à figura do Curador de Menores, passando apenas a prever em seu art. 200, que “as funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica”, mantendo, outrossim, a previsão sobre a nomeação de curador especial.

b) A Defensoria Pública: defesa dos direitos das crianças e adolescentes

O art. 141, caput, do Estatuto prevê a garantia do acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

No que diz respeito à Defensoria, quando tal dispositivo garante o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, afirmando que a assistência judiciária (leia-se “jurídica”) gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público, ele está por demonstrar sua conotação constitucional frente à norma descrita no art. 134 da CF, esvaziando a função de caráter atípico do MP, antes prevista no art. 22, XIII, da LC 40/81.

Frise-se que o múnus público da Curadoria Especial foi conferido a Defensoria Pública, o que no Estado do Rio de Janeiro é observado pela leitura dos seguintes dispositivos legais, a saber: art. 179, §3º, inciso II da Constituição Estadual; art. 22, X, LC 06/77 e art. 4º, VI, LC 80/94.

Nessa seara, em duas disposições a Lei 8.069/90 determina a nomeação de curador especial para atuar em prol dos interesses de crianças e adolescentes, a saber, no parágrafo único do art. 142 e na alínea f, do parágrafo único do art. 148:

“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 de assistência legal ainda que eventual.”

Art. 148. (...)

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.” (grifo nosso)**

Verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é fruto de uma onda internacional de esforços pela defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Nesse sentido está a disposição do artigo 12 da Convenção sobre Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e da qual o Brasil é signatário através do decreto legislativo 28, de 14/09/1990:

Art. 12

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 em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.

2- Com tal propósito, proporcionar-se-á 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 de legislação nacional (grifei).”

Cabível esclarecer que a atuação da Curadoria Especial em prol dos interesses de crianças e adolescentes em processos como o que encontra-se em curso baseia-se no direito constitucional à convivência familiar e comunitária previsto no art. 227 da CF.

O norte de atuação, conforme orientação legislativa observada no disposto no art. 19 do ECA, visa, prioritariamente, preservar as etapas de concretização do direito à convivência familiar, observando a possibilidade de manutenção dos vínculos afetivos com a família biológica, e, caso comprovada sua impossibilidade, seu rompimento, iniciando a busca pela colocação do infante em família substituta em suas modalidades, como forma de se estruturar a identidade familiar da criança.

Cabíveis em tal contexto as palavras do doutrinador Gustavo Tepedino sobre a nova leitura jurídica da família:

“ (...) A disciplina jurídica da família e da filiação antes se voltava para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família como um bem em si mesma, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente. Assim dispõe os princípios constitucionais já analisados,



bem como o revogado art. 52 do Código de Menores e o art. 6 da atual lei 8.069/90. (Em “Temas de Direito Civil”. 3ª edição revista e atualizada. Editora Renovar. 2004. pág. 453).

Frise-se que o art. 19 do ECA é claro, não deixando ao intérprete espaço para juízo valorativo. O próprio legislador realizou opção valorativa prévia, estabelecendo uma escala de prioridades, devendo ser preservada a permanência de crianças e adolescentes em sua família natural de origem ou extensa sempre que possível. Assim, o entendimento doutrinário:

“Valendo-me da figura empregada por Emilio Garcia Mendez e Alessandro Baratta, no ordenamento foi criada uma estrutura valorativa em forma de pirâmide, que vai da base ao topo numa linha de crescente excepcionalidade, à medida que a pirâmide se afunila: quando se discute onde a criança deve crescer e ser criada, na base está a família natural (entidade formada pelos pais biológicos); no topo, o abrigo da criança em instituição de acolhimento. Assim, porque a criança tem direito de crescer na convivência com seus pais naturais, a suspensão ou a destituição do pátrio poder ganhou contornos de uma *excepcionalidade* ainda mais severa do que aquela que já se sustenta tradicionalmente: apenas as violações severas dos deveres do pátrio poder, que *inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança*, é que autorizam sua retirada da casa da família natural. Não mais faculta o ordenamento ao intérprete um juízo de valoração do tipo “é melhor a criança crescer na sua família pobre ou numa família substituída rica, que pode propiciar-lhe aulas de inglês, de balé, de tênis?”, como tanto se fez no passado e, ainda hoje, lamentavelmente, se faz (...). **O constituinte e o legislador ordinário já optaram por um dos pólos dessas polêmicas teóricas, cristalizando a opção em normas jurídicas: na base daquela pirâmide valorativa, está a convivência com a família natural**”⁶

Conclui-se, então, que o indeferimento de nomeação de Curador Especial nos autos da representação por infração administrativa importa em nulidade absoluta do mesmo por ofensa à disposição legal que determina sua nomeação e à prerrogativa institucional.

Nessa seara, deve-se buscar analisar qual a posição da criança e do adolescente nos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

c) Conceito de parte e a posição da criança/adolescente no processo afeto ao ECA

Com a entrada em vigor da Lei 8.069/90, crianças e adolescentes passaram a ser consideradas pessoas em desenvolvimento, portanto, sujeitos de direitos.

Assim, como o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece que criança/adolescente não é mais objeto de tutela, conforme estabelecia o Código de Menores, mas sim sujeito de direitos, a norma legal previu a nomeação de Curador Especial para atuar em prol dos seus interesses, como reflexo da garantia do acesso de toda criança ou adolescente ao Poder Judiciário.

É o curador especial que dá voz à criança e ao adolescente junto ao Poder Judiciário, diante de sua qualidade de sujeito de direitos, pessoa em desenvolvimento.

Portanto, age em *error in iudicando* o MM. Juízo ao indeferir a nomeação de Curador Especial sob o entendimento de que o art. 148, parágrafo único, alínea f, do ECA, só se aplica quando a criança ou adolescente é parte no processo.

Nesse contexto surge um questionamento: Crianças e Adolescentes são consi-

⁶ MACHADO, Marta de Toledo, in A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos, Ed. Manole, p. 163

derados objetos da relação jurídica processual nos procedimentos previstos na Lei 8.069/90, em especial, de destituição do poder familiar e de representação por infração administrativa?

É claro que não. Crianças e Adolescentes são sujeitos de direitos e principais interessados na solução ao processo.

Nesse sentido, cabível destacar decisão recente do I. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro nos autos da Medida Cautelar n.º 16.228-RJ:

“Trata-se de Medida Cautelar ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando destrancar Recurso Especial retido na origem por força de decisão proferida pela 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Sustenta o requerente que ingressou com “ação de destituição do poder familiar” contra C. S. T., genitora da criança A. T. V, ante a situação de abandono e maus tratos em que se encontrava a infante. Que no curso do processo a Defensoria Pública Estadual pleiteou o seu ingresso nos autos na qualidade de curadora especial da criança, para tanto requerendo sua nomeação no munus.

Indeferido o pedido da Defensoria Pública, esta recorreu da decisão através de Agravo de Instrumento que, por maioria, restou provido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de origem, que a nomeou como Curadora Especial da criança e autorizou a visitação da menor pela avó paterna, no abrigo onde se encontra.

Opostos Embargos Infringentes, os mesmos não foram conhecidos pela relatora, ensejando a interposição do Recurso Especial que ora se pretende destrancar na origem, ao argumento de que as peculiaridades do caso concreto representam situação excepcional, que autorizam o afastamento da regra do § 3º, do art. 542 do Código de Processo Civil.

Assevera o Ministério Público requerente que a Defensoria Pública deve atuar por mandato e não de ofício no exercício de sua função advocatícia, sendo dispensável sua atuação na qualidade de Curadora Especial no caso concreto já que a “incapaz” não é parte na relação processual e, ainda, porque o Ministério Público já atua nos autos como defensor dos interesses da criança.

Sustenta que a pretensão da Defensoria Pública não passa de um subterfúgio para justificar uma atuação como substituto processual de infantes e de jovens, função esta já conferida ao Ministério Público pelos art. 201 a 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mostrando-se o pedido da requerida contrário ao princípio da “intervenção mínima” apregoado pela nova redação do art. 100 da Lei n.º 8.069/90.

Ao final, destaca o periculum in mora no fato de que a atual prática da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, de provocar sua nomeação como curador especial em feitos envolvendo crianças e adolescentes tem sido prejudicial a duração razoável do processo, além do que sua legitimidade para tanto consubstancia condição da ação que pode ensejar a extinção do feito sem resolução do mérito.

Conclui por requerer a concessão de liminar, determinando-se o imediato processamento do Recurso Especial n.º 2009.135.16097, cuja retenção foi imposta pelo Tribunal de origem, intimando-se o Ministério Público Federal para se manifestar nos autos.

Este o relatório.

Passo a decidir

Pretende o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro destrancar o Recurso Especial por ele interposto contra acórdão que manteve o ingresso da Defensoria Pública daquele Estado, na condição de curadora de menor, nos autos de ação de destituição de pátrio poder movida pelo requerente.

Destarte, não se ignora a regra disposta no art. 542, § 3º do Código de Processo Civil, in verbis:

“O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos a execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou para as contra-razões”

No entanto, a jurisprudência desta Corte Superior, todavia, admite o processamento do recurso sujeito, em princípio, à retenção, nas hipóteses em que a decisão impugnada, apesar de interlocutória, se revele capaz de ocasionar danos irreparáveis ou de difícil reparação à parte, vez que nestas situações a retenção do recurso enseja a inutilidade do provimento jurisdicional ante a perda de objeto do Especial.

In casu, observa-se que o Recurso Especial foi interposto contra decisão que admitiu o ingresso da Defensoria Pública nos autos da Ação de Destituição do Poder Familiar, movida pelo Ministério Público requerente.

Ocorre que os argumentos expendidos pelo autor-recorrente não apresentam considerações capazes de justificar, em sede de cognição sumária, a mitigação da regra legal à hipótese vertente, mostrando-se desnecessário o imediato processamento do Recurso Especial, que deve se sujeitar, assim, à norma inserta no art. 542, § 3º, do CPC, como bem decidido pela Corte de origem.

Com efeito, é pacífica a orientação desta Corte Superior quanto a exigência cumulativa dos requisitos de plausibilidade do direito invocado e risco de dano irreparável caracterizados do fumus boni iuris e do periculum in mora para a concessão de liminar nos autos de Medida Cautelar. A ausência de quaisquer desses requisitos obsta a pretensão de se destrancar Recurso Especial retido na origem, in verbis:

“(…) 1. O imediato processamento de recurso especial retido na origem reclama: (i) a demonstração inequívoca do periculum in mora, evidenciado pela urgência da prestação jurisdicional; e (ii) o fumus boni iuris, consistente na possibilidade de êxito do recurso especial. Precedentes: AgRg na MC 14.358/SP, Relator MINISTRO CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ de 12 de setembro de 2008 e AgRg na MC 14.053/RS, RELATOR MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 28 de agosto de 2008 (...).” (STJ - AgRg na Pet 7458 / RJ - MINISTRO BENEDITO GONÇALVES - DJe 09/10/2009).

Com efeito, em relação a plausibilidade do direito alegado pelo Ministério Público Estadual e sem a pretensão de antecipar qualquer manifestação quanto ao mérito da questão proposta diante do superficial exame que se afigura possível em sede cautelar, ressalto que, não obstante os precedentes por ele destacados - notadamente a decisão na Medida Cautelar nº 15.919/RJ, da relatoria da ilustre Ministra NANCY ANDRIGHI - se me apresenta impertinente a pretensão da parte autora, ante a possibilidade, em tese, de atuação simultânea do Ministério Público e da Defensoria Pública no mesmo processo, sem que qualquer deles adentre ou intervenha nas atribuições do outro.

O art. 9º, I, do Código de Processo Civil determina que: “O juiz dará curador especial: - I - Ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daqueles”.

Da doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, extrai-se que “Há colisão de interesses quando o ganho de causa pelo menor puder influir negativamente na esfera jurídica (ou moral) dos representante. Basta o mais leve choque ou possibilidade de choque. Há dever de nomeação de curador pelo Juiz”. (in Código de Processo Civil Comentado - Ed. RT. - p. 105. 2009).

De outra parte, o art. 134 da Constituição Federal que disciplina a atuação da

Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, prescreve em seu § 1º que “Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados (...)”.

Tal regulamentação foi implementada pela LC nº 80/94 que, depois de alterada pela LC nº 132/09, passou a determinar em seu art. 4º, incisos XI e XVI, que:

“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;

Aliás, o Parágrafo Único do art. 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina que:

“A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsáveis, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual”.

Nesse contexto, não obstante a menor - cujo Ministério Público pretende afastar do âmbito do poder familiar de seus pais, em virtude de supostos maus tratos - não figurar como parte na ação de destituição de poder familiar movida pelo autor, merece ter seus direitos assegurados por curador especial posto que a presença do Ministério Público Estadual, por si só, não supre, em tese, a necessidade de nomeação de curador especial à criança, porquanto, embora o pólo passivo da ação seja composta apenas pelos pais ou responsáveis da criança, esta se me apresenta como a principal interessada no deslinde da ação, ante a iminente possibilidade de afastamento de sua família natural.

Assim, como principal interessada em ações desta espécie, a criança pode ser representada – em virtude da impossibilidade dos pais – por curador especial (art. 9º, I, do CPC), guardando respeito, dessa forma, aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, já que inviável o Ministério Público cumular as funções de autor, fiscal da lei e curador do interesse de incapazes, uma vez que são posições suscetíveis de choque de interesses, ainda que em tese.

Aliás, não há que se falar que a Defensoria Pública não dispõe de “mandado judicial” para atuar no feito, posto que consoante as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI “a sua autorização vai implícita no próprio ato de nomeação”, mesmo porque a criança não dispõe de capacidade para outorgar os poderes de representação.

Desse modo, ao menos nessa oportunidade em que se tem apenas uma visão sumária da questão principal, entendo não caracterizada a plausibilidade do direito alegado, capaz de traduzir o fumus boni iuris, necessário nas pretensões cautelares.

No que atine ao periculum in mora, deve-se resguardar a regra que mantém o Recurso Especial retido, até decisão final, por não se vislumbrar a excepcionalidade necessária a sua mitigação pela inexistência, em princípio, de prejuízo imediato às partes e, muito menos, risco de dano irreparável, tal como alegado pelo Ministério Público, mesmo porque a nomeação de curador especial a menor em nada usurpa suas atribuições como, a propósito já decidiu esta Corte Superior, mutatis mutandis:

“(…) O parágrafo único do art. 9º do Código de Processo Civil não impõe ao Minis-

tério Público o dever de atuar como representante judicial dos incapazes. Sua atuação, em processos em que figurarem como parte pessoas desprovidas de capacidade civil, decorre do art. 82, II da mesma norma. Sua participação nessa hipótese, todavia, dá-se não como curador especial, mas como fiscal da lei” (STJ – Resp 67278 / SP - Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO - DJ 17/12/1999 p. 350 - trecho do inteiro teor do voto).

Por outro lado, não se pode afirmar que a simples intervenção da Defensoria Pública nos autos com curador da menor consubstancie prejuízo para as partes envolvidas, mas, ao contrário, se me apresenta mais uma segurança processual a garantir o melhor para a criança.

Com esses fundamentos, inexistindo os requisitos autorizadores da mitigação da regra disposta no art. 542, § 3º do Código de Processo Civil, INDEFIRO DESDE LOGO A MEDIDA CAUTELAR, JULGANDO-A EXTINTA SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO, com fundamento no art. 267, VI do Código de Processo Civil c/c as disposições do art. 288, caput, c/c art. 34, inciso XVIII do RISTJ.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de outubro de 2009.

MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)

Relator “(grifei)

(STJ - MEDIDA CAUTELAR Nº 16.228 - RJ (2009/0213664-6); RELATOR : MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP); REQUERENTE : M P DO E DO R DE J; REQUERIDO : D P DO E DO R DE J)

O caso trata de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra decisão que admitiu o ingresso da Defensoria Pública do Rio de Janeiro nos autos de destituição do poder familiar para atuar na qualidade de curador especial em prol dos interesses de criança em acolhimento institucional. O Recurso Especial ficou retido na origem pela 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo o Parquet ajuizado medida cautelar com o objetivo de destrancar o recurso extraordinário.

Em suas razões de decidir, o I. Ministro indefere a medida cautelar, julgando-a extinta sem apreciação do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC c/c as disposições do art. 288, caput, c/c art. 34, inc. XVIII do RISTJ, e ainda, ressalta que a presença da Defensoria Pública nos autos como curador especial constitui mais uma segurança processual para garantir o melhor para criança.

Frise-se que o voto indica que, não obstante a criança não figure como parte na ação de destituição do poder familiar movida pelo Ministério Público, merece ter seus direitos assegurados por curador especial posto que a presença do Ministério Público, por si só, não supre, em tese, a necessidade de nomeação de curador especial à criança, bem como a criança se apresenta como principal interessada no deslinde da ação.

Tal entendimento se aplica ao caso em tela, vez que consiste em _____ movida pelo Parquet.

A criança não é parte da representação por infração administrativa proposta pelo Ministério Público em face de seus genitores, mas são os principais interessados na conclusão atribuída ao processo, seja ele julgado procedente ou improcedente. Assim, admitindo ou não os

fundamentos da inicial, condenando ou não os requeridos ao pagamento da multa prevista no art. 249, do ECA, em todas essas soluções os irmãos são afetados pela decisão.

Outrossim, sem pretensão de esgotar o tema, cabe esclarecer que, ao determinar a nomeação de curador especial no parágrafo único, do art. 142, e na alínea f, e no parágrafo único, do art. 148, ambos do ECA, o legislador não utiliza a palavra “parte” em nenhum momento, não podendo o intérprete fazê-lo.

Aceitar tal entendimento é utilizar-se de interpretação restritiva, criando restrição que o próprio legislador não criou e, assim, esvaziar a aplicação dos dispositivos que, ao contrário, determinam a nomeação de curador especial em todos os procedimentos judiciais e extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescentes.

Por outro lado, embora seja nítida a distinção de parte no sentido processual e no sentido material, é imperioso afirmar que na seara do moderno direito processual, a noção de parte assume pertinência exclusivamente processual.

Segundo os ensinamentos de Giuseppe Chiovenda, parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandado) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada. Essa definição que mescla o conceito de parte ao conceito de relação processual e de processo é a mais usual e difundida pelos operadores no processo civil.

Ocorre que, conforme esclarece o jurista e Desembargador Alexandre Freitas Câmara aquele conceito clássico de parte não explica algumas hipóteses de relevância processual.

Assim se manifesta o I. Desembargador:

“ É tradicional o conceito de partes como sendo “aquele que pleiteia e aquele em face de quem se pleiteia a tutela jurisdicional”. Por esta definição seriam partes, tão somente, o autor (ou demandante), isto é, aquele que, ajuizando uma demanda, provoca o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, pleiteando a tutela jurisdicional e, de outro lado, o réu (ou demandado), aquele em face de quem a tutela jurisdicional é pleiteada.

Tal conceito, embora correto, não é adequado a explicar todos os fenômenos de relevância teórica a respeito das partes. Tal insuficiência, porém, facilmente se explica. É que o conceito aqui apresentado corresponde ao de “partes da demanda”. Este conceito não se confunde com outro, mais amplo, que é o de “partes do processo”. Assim é que devem ser consideradas “partes do processo” todas aquelas pessoas que participam do procedimento em contraditório. Em outras palavras, ao lado do autor e do réu, que são partes da demanda e também do processo, outras pessoas podem ingressar na relação processual, alterando o esquema mínimo daquela relação a que já se fez referência, e que corresponde à configuração tríplice do processo. Assim, por exemplo, na assistência (espécie de intervenção de terceiro, a que se dedicará atenção mais adiante), ou na intervenção do Ministério Público como custos legis (o que também será objeto de análise mais a frente), ingressam no processo sujeitos diversos daqueles que denominamos “partes da demanda”. Esses novos sujeitos, embora não apareçam na demanda, são “partes do processo”.

(...)

(...) Observe-se que o réu é parte da demanda desde o oferecimento desta, mas só se torna parte do processo com a citação, ato responsável pela angularização da relação processual.” (Em “Lições de Direito Processual Civil”, Vol I, 9ª edição, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002,



2ª tiragem, Editora Lúmen Júris, 2003, págs. 153/154)

Com base nessa exposição, pode-se concluir que nos procedimentos de destituição do poder familiar e representação por infração administrativa a criança e o adolescente não são partes da demanda, mas sofrem os efeitos dos atos processuais, em especial os da sentença.

Assim, utilizar-se pura e simplesmente do conceito clássico de parte para indeferir pedido de nomeação de curador especial para atuar em prol dos interesses de crianças e adolescentes é criar restrição não prevista em lei; desconsiderar a moderna doutrina processual civil e; principalmente, negar à criança o direito constitucional do acesso à justiça.

DO PEDIDO:

Por todo acima exposto é o presente Recurso para requerer que V.Exas. se dignem a conhecer o recurso e assim, **dar provimento** ao mesmo, **REFORMANDO** a r. decisão do Juízo a quo, deferindo-se o pedido de nomeação de curador especial, e aplicando o art. 515, §3º, do CPC, como consectário lógico do provimento deste recurso.

Caso Vossas Excelências não comunguem do entendimento acima exposto, a Agravante requer sejam considerados PREQUESTIONADOS os dispositivos legais e constitucionais supracitados.

Termos em que,

Pede deferimento.

_____, _____ de _____ de 2010

3º) modelo de Reavaliação de Medida de Acolhimento

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA, JUVENTUDE E DO IDOSO da _____

_____, representado pela Curadoria Especial, através da Defensoria Pública, vem, com fulcro no Art. 19 da Lei 8069/90, requerer

REAVALIAÇÃO DA MEDIDA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

aduzindo para tanto o que se segue:



DA NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PARA A DEFESA DO DIREITO INDIVIDUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À REAVALIAÇÃO DA MEDIDA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E PRESERVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O art. 148, parágrafo único, letra f, da Lei 8.069/90, estabelecendo a competência da Justiça da Infância e Juventude nas hipóteses elencadas no art. 98 do ECA, determina a designação de curador especial em todos os procedimentos judiciais em que haja interesses de criança ou adolescente.

Conforme disposto no Art. 142, parágrafo único, Lei 8069/90 deve ser nomeado Curador Especial para crianças/adolescentes cujos interesses colidam com os de seus representantes legais ou quando careçam de representação legal, sendo, por óbvio, a hipótese dos autos uma vez que estando abrigadas e privadas da convivência familiar, seus interesses estão evidentemente colidindo com de seus representantes legais.

3. O fundamento para o pedido se encontra na disposição do artigo 12 da Convenção sobre Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e da qual o Brasil é signatário através do decreto legislativo 28, de 14/09/1990, dispensando tratamento às crianças/adolescentes como sujeitos de direitos :

Art. 12

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 em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.

2- Com tal propósito proporcionar-se-á 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 de legislação nacional

A Curadoria Especial traduz em juízo justamente o tratamento da criança e do adolescente como sujeito de direitos, permitindo a manifestação do interesse da criança/adolescente.

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente com a redação conferida pela Lei 12.010/09 prevê em seu artigo 19, § 1º. *in verbis*:

“Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado pela equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.”

A criança foi acolhida no _____ por encaminhamento do CT de _____ por estar em situação de risco social decorrente de pequenos furtos na comunidade em que residia.

Consta do relatório anexo que a criança não faz uso compulsivo de substâncias entorpecentes, não tendo sido necessário uso de medicamentos para contenção de crise de abstinência.

Há vínculo afetivo entre a genitora e o filho, tendo sido mantido contato através de



visitações semanais e declinado desejo de exercer a guarda de seu filho.

Destarte, a equipe da instituição indica a possibilidade de reinserção familiar conforme ditames do Art. 19, § 3º. ECA que prefere a reintegração da criança à sua família, devendo envia esforços para estreitamento dos vínculos familiares e viabilização da reintegração familiar.

DA COMPETÊNCIA PARA REAVALIAÇÃO DA MEDIDA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Na dicção da **súmula 383** do enunciado de jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça “A competência para processar e julgar ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do domicílio do detentor de sua guarda.”

Cumprе ressaltar que um dos precedentes à edição da súmula destaca que a fixação da competência deve atender aos interesses da criança.

A competência das demandas que visem assegurar direitos e garantias de crianças e adolescentes deve se orientar pelo **princípio do juízo imediato**, devendo ser fixada a competência em razão da proximidade entre o órgão jurisdicional e a criança/adolescente. O princípio do juízo imediato atende aos princípios da proteção integral, prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim, o entendimento do ilustre promotor de justiça Dr. Olegário Gurgel Ferreira Gomes: “Assim, em consonância com o princípio do juízo imediato, é de entender o comando do art. 147, incisos I e II, da Lei 8.069/90, como a afirmação de que a *competência territorial é fixada pelo domicílio dos pais ou responsável com quem convive a criança e, inexistindo tal convivência, pelo lugar onde se encontra a criança ou adolescente.*”⁷

Tratando-se de crianças privadas do convívio familiar e comunitário que não convivem com seus responsáveis, a competência para reavaliação da medida de acolhimento institucional de _____ é do juízo da Vara de Infância, Juventude e do Idoso da _____ eis que a criança encontra-se abrigada em instituição situada na área de abrangência deste Mm. Juízo.

Assim, diante do lapso de abrigo, a **reavaliação do acolhimento institucional deve ser realizada de imediato**, adotando-se as seguintes medidas para tal:

- **Nomeação de Curador Especial** para a defesa dos direitos da criança em tela nos termos dos Arts. 142, parágrafo único, ECA e 148, parágrafo único, f, ECA e para consubstanciar o direito da criança de ser ouvida em juízo (Art. 12, Convenção sobre os direitos da Criança);
- **Seja autorizada saída da criança da instituição de acolhimento nos finais de semana e nas datas festivas acompanhada da genitora para estreitar os laços familiares visando futura reintegração familiar, tendo sido esta a sugestão do relatório em anexo e ainda, medida que atenta ao direito à convivência familiar e comunitária e à excepcionalidade da medida de acolhimento institucional;**
- **Elaboração de relatório multidisciplinar** pela equipe técnica da instituição de acolhimento para reavaliação da medida de acolhimento institucional (Art. 19, § 1º., ECA), ouvindo-se a genitora;
- **Elaboração do Plano Individual de Atendimento da criança** pela Equipe Técnica da Instituição de Acolhimento, contemplando eventual possibilidade

⁷ Gomes, Ferreira Gurgel Olegário in Princípio do Juízo Imediato – o direito à convivência familiar e comunitária como elemento definidor da competência territorial para ações judiciais amparadas na Lei 8.069/90, tese aprovada no XXI Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude - ABMP

de reinserção familiar na família de origem ou extensa (Art. 101, § 4º., ECA);

Caso seja indicada a Reintegração familiar após realização do relatório multidisciplinar, **requer :**

1. **seja expedido ofício ao serviço de Psiquiatria e Psicologia do CAPS** para indicar se a criança é dependente química e se o tratamento adequado seria em regime de atendimento ambulatorial (Art. 101, VI, ECA);
2. **Requer, outrossim, seja a criança encaminhada para acompanhamento psicológico, mediante expedição de ofício de encaminhamento;**
3. **Expedição de ofício pelo Juízo ao CRAS** para articular a inserção da família em programas de apoio ao emprego e à renda e para viabilização de atendimento psicológico à família (Art. 101, IV., ECA);
4. Seja oficiada a Secretaria Municipal de Educação para **regularização da situação escolar** da criança, com sua matrícula em instituição de ensino em local próximo à residência de genitora, conforme disposto no Art. 101, III., ECA;

Assim, após **nomeação de Curador Especial**, nos termos do art. 142, parágrafo único, *in fine*, da Lei 8.069/90 e **adoção das providências acima indicadas**, requer **imediate abertura de vista dos autos, para requerer demais medidas protetivas que se afigurarem necessárias para restabelecimento do convívio familiar e comunitário.**

Letícia A. da Silveira Zecca Scheneider

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

2.2.4 SÚMULA: Deve ser argüida a nulidade absoluta de sentença que julga antecipadamente ação de destituição do poder familiar na qual o réu é preso ou revel citado por edital, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INACIO
Defensora Pública do Estado de São Paulo

Tharsila Favero de Camargo
Estagiária da Defensoria Pública

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Réu preso ou revel – curadoria especial

Primeiramente, importante salientar que determina o artigo 9º do Código de Processo Civil, em seu inciso II, que o juiz nomeie curador especial “*ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa*”.

Pois bem, o artigo 302 do Código de Processo Civil estabelece regra em relação à impugnação específica dos fatos, prevendo que serão presumidos como verdadeiros os fatos narrados na petição inicial quando não impugnados pelo réu. Contudo, o parágrafo único do mesmo dispositivo prevê exceção à mencionada regra, estabelecendo que “*esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público*” (grifo nosso).

“*No parágrafo do art. 302 estão três exclusões da regra presuntiva do caput, estabelecidas em razão da qualidade das pessoas (defensor dativo, curador especial e Ministério Público). Ao réu patrocinado por defensor dativo não se impõe o ônus da impugnação especificada, porque o legislador tem consciência das dificuldades enfrentadas pelos órgãos de defensoria para prestar seus serviços a toda a massa de beneficiários, com a desejada eficiência; (...) O réu defendido por curador especial é o revel trazido ao processo por citação ficta (art. 9º, inc. II) e, como ordinariamente o defensor nomeado não tem sequer contato com ele, é natural que pouco ou nada tenha a alegar sobre o mérito; daí a sensatez da exclusão da presunção de veracidade, nessa hipótese”⁸ (grifo nosso).*

Como não há presunção de veracidade dos fatos nas hipóteses mencionadas, **necessário se faz a produção de provas**, obviamente, ainda que não impugnados especificadamente os fatos. Veja-se que não se está, portanto, neste caso, diante de uma das hipóteses que permitem o julgamento antecipado da lide, previstas no artigo 330 do Código de Processo Civil. Vejamos.

O inciso I do aludido dispositivo prevê que poderá haver julgamento antecipado da lide apenas quando a questão de mérito for somente de direito ou, sendo de direito e de fato, **não houver a necessidade de produção de provas em audiência**, o que não é o caso, já que as ações de destituição do poder familiar envolvem situações fáticas, que devem ser provadas sob o crivo do contraditório, sendo inadmissível o aproveitamento de provas colhidas em processos administrativos, como exposto na tese sobre a impossibilidade de a prova colhida no curso do procedimento verificatório/administrativo sem a observância do contraditório, se prestar a fundamentar

⁸ Dinamarco, Cândido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 540

a sentença de destituição do poder familiar.

“*Em algumas situações a lei exige a prova do fato alegado, ainda quando sobre a alegação de uma das partes não ocorra no processo controvérsia alguma. Nos incisos dos arts. 302 e 320 do Código de Processo Civil está a indicação dos casos em que a incontrovérsia não impede a formação de questões de fato a serem dirimidas mediante prova (...). Os fatos alegados pela parte e não negados pela outra integram o objeto da prova (a) quando a seu respeito não for admissível a confissão, isto é, quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (...)*”.

Portanto, em se tratando de litígio que verse sobre direito indisponível, como o poder familiar, ainda que os fatos sejam incontroversos, não há possibilidade de julgamento antecipado da lide. E, com maior razão, não poderá haver quando os fatos forem controvertidos, como no caso da contestação por curador especial, nos termos do parágrafo único do artigo 302 do Código de Processo Civil, vez que necessária a produção de provas.

Ora, embora tecnicamente a Defesa deva sempre procurar todos os elementos possíveis para realizar a defesa técnica com a melhor qualidade possível, é certo que, em muitos casos de defesa através de curadoria especial, será impossível, pela ausência de contato com o réu, a impugnação específica quanto aos pedidos da petição inicial. Por tal motivo, é permitido à curadoria especial contestar o feito por negativa geral, impugnando genericamente todos os fatos alegados na inicial, conforme autoriza o artigo 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Dessa forma, é certo que os fatos se tornam controversos nessa situação⁹, pelo que não há possibilidade de o magistrado conhecer diretamente do pedido sem a devida produção de provas.

Além disso, importante novamente observar que se trata o poder familiar de **direito indisponível**. Logo, também, não se está diante da hipótese do inciso II do artigo 330 do Código de Processo Civil, que prevê que poderá haver o julgamento antecipado da lide nos casos de revelia. Mas tal regra só pode ser aplicada, obviamente, quando a revelia produzir o efeito a que se refere o artigo 319 do mesmo diploma, qual seja, de serem reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, o que não é o caso, pois se trata de questão em relação a direito indisponível, e, tendo em vista o que estabelece o artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil, a revelia não induz o mencionado efeito neste caso.

E, se não há o efeito a que se refere o artigo 319 do Código de Processo Civil, quando da revelia, necessária a produção de provas. “*É preciso que ela produza o efeito de fazer presumir verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, pois só assim se tornará desnecessária a produção de provas*”.¹⁰

Conforme Antonio Carlos Marcato:

“*Também não serão admitidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor se, não obstante a revelia, a demanda versar sobre direitos indisponíveis, ou seja, aqueles de que o titular não pode abrir mão, porque considerados inerentes à própria personalidade. Trata-se de direito em relação ao qual a manifestação de vontade do titular não é livre, pois o sistema estabelece limitações, as vezes absolutas, quanto a possibilidade de disposição*”.¹¹

Desta forma, sendo o poder familiar direito indisponível, ou seja, direito em relação ao qual não é dado ao titular o direito de renunciar ou por qualquer forma dispor, não pode haver julgamento sem a necessária produção de provas. Não está presente, no caso, portanto, o principal pressuposto para que haja tal julgamento, ou seja, a **desnecessidade de produção de provas**.

“*Conseqüentemente, é nula a sentença que julga antecipadamente o mérito sem que estejam presentes os estritos pressupostos exigidos em lei. Cabe ao tribunal, em grau de apelação, pronunciar tal nulidade e determinar que o juiz prossiga na marcha ordinária do procedimento,*

⁹ RT 497/118; RF 259/202.

¹⁰ Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 418.

¹¹ Marcato, Antonio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado, São Paulo: Atlas, 2004, p. 970/971.



designando audiência preliminar, saneando o processo se for o caso, realizando a instrução e só depois julgando o meritum causae”¹².

Nesse sentido:

“Menor. Adoção cumulada com destituição de pátrio poder. Progenitora citada por edital e representada por curadora que ofereceu contestação. **Julgamento antecipado da lide. Impossibilidade. Questão que envolve filiação, portanto, questão de estado, revelando direito indisponível. Recurso de curador especial provido para anular a sentença**” (TJSP, Câmara Especial, Apelação cível nº 103.722.0/6, Comarca de Sorocaba, Acórdão nº 00599475, Relator Desembargador Fábio Quadros, j. 04/08/03 – grifo nosso).

“Ação de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens, precedida de cautelar de separação de corpos. Extinção da ação principal por falta de interesse processual. Inadmissibilidade. Eventual inexistência de bens não exclui o interesse ao reconhecimento da entidade familiar. **Contestação apresentada por curador especial que torna controvertidos os fatos da inicial. Indispensável dilação probatória para comprovação da união estável para posterior partilha dos bens. Julgamento antecipado que caracterizou em cerceamento de defesa. Sentença anulada. Recurso provido**” (TJ/SP, Apelação 3855014000, Peruíbe, 2ª Cam. Dir. Privado, Rel Des. A Santini Teodoro, j. 02.09.08, r. 16.09.08 – grifos nossos).

“EMENTA: PROCESSO CIVIL - **CITAÇÃO POR EDITAL • PRAZO ‘IN ALBIS’ - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL - CONTESTAÇÃO APRESENTADA - APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA - INADMISSIBILIDADE - DILAÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE - SENTENÇA ANULADA – APELO PROVIDO. Não se aplica o efeito da revelia, disposto no artigo 319 do Código de rito, ao revel citado por edital ou com hora certa, ainda que o curador especial não tenha contestado a ação, hipótese esta incorrente nos autos, haja vista que os fatos alegados na petição inicial tornaram-se controversos com o oferecimento de defesa, ensejando, na espécie, a necessidade da regular instrução processual, sob pena de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa**” (TJ/SP, Apelação 923971-0, 35ª Câmara, Rel. Des. Mendes Gomes, j. 28.07.2008, r. 29.07.2008 – grifos nossos).

“CITAÇÃO POR HORA CERTA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO. **CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA CURADORIA ESPECIAL AFASTA OS EFEITOS DA REVELIA E IMPEDE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. 1. Da simples leitura da certidão exarada pelo Sr. Oficial de Justiça às fls. 75 é possível verificar que o procedimento citatório preencheu todos os requisitos dos artigos 227 e 228 do CPC, quais sejam: comparecimento do Oficial ao endereço fornecido por três vezes, em dias e horários diversos e suspeita de ocultação do réu. 2. Uma vez que houve o oferecimento de contestação pela Curadoria Especial, nos termos do inciso II do art. 9º do CPC, os efeitos da revelia restaram efetivamente afastados. 3. Forçoso então reconhecer, que, nesta hipótese, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, nos termos do inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil. 4. Os documentos juntados com a inicial não são suficientes para provar as alegações do apelado, posto que sequer comprova a relação jurídica alegada, consequentemente, a origem da**

constituição da dívida na forma pleiteada, e, portanto, não há como acolher a pretensão autoral. 5. Com permissivo no disposto no § 3º do art. 515 do CPC, que consagra no nosso ordenamento o princípio da Causa Madura, o qual permite que o Tribunal, ao reformar a sentença terminativa, vá, além da reforma e julgue o mérito, profere-se, nos termos da fundamentação supra, nova decisão. 6. Provimento do recurso.” (TJ/RJ Apelação 2008.001.07848, 20ª Cam., Rel. Des. Letícia Sardas, j. 02.04.08).

Por tudo que acima foi exposto, se incabível o julgamento antecipado da lide em todos os casos do processo civil onde o réu é preso ou revel citado por edital e defendidos por curador especial, com muito maior fundamento, nas ações de destituição do poder familiar, tendo em vista a gravidades das conseqüências da procedência do pedido inicial, há necessidade de efetiva produção de provas a comprovarem os fatos alegados na petição inicial, sendo que não há possibilidade de julgamento antecipado do feito.

¹² Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 555



2.2.5 SÚMULA: Os elementos produzidos no curso do procedimento verificatório/ administrativo, sem observância do devido processo legal, não se prestam como único fundamento da sentença de destituição do poder familiar.

GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INACIO
Defensora Pública do Estado de São Paulo

Tharsila Favero de Camargo
Estagiária da Defensoria Pública

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Anteriormente à vigência da Lei 12010/09, foi apresentada a presente tese no Segundo Congresso Estadual dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo. A redação é a seguinte:

“Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos (...). Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa”¹³.

O procedimento verificatório, embora seja alvo de muitas discussões, tem por fundamento o artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora sua existência seja assunto bastante polêmico, o certo é que, sempre que existir, terá natureza de procedimento administrativo. Desta forma, se anteceder a propositura de uma ação judicial de destituição do poder familiar, não terá, nem de longe, a pretensão de substituir a instrução processual, mas apenas a função de auxiliar o Juízo quanto ao recebimento da inicial de destituição do poder familiar e quanto ao deferimento ou indeferimento do pedido de tutela antecipada, caso seja pleiteada.

Assim sendo, não deve ser tratado como prova pré-constituída e inequívoca para nortear a decisão final, podendo apenas ser crucial quando seu conteúdo for corroborado na instrução judicial, sob pena de violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Certamente, “a prova deve ser realizada sob o crivo do contraditório”¹⁴.

Neste sentido:

*“PÁTRIO PODER - Destituição - Inobservância do princípio do contraditório - Decisão lançada sem ouvir os requeridos e a criança, que tem idade suficiente para poder exprimir-se (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 161, § 2º). - **Procedimento verificatório anterior que não é prova pré-constituída, envolve apreciação dos fatos** - Prova emprestada diante da ausência do contraditório - Recurso provido para anular a decisão”. (TJ, Apelação Cível n. 79.107-0 - Sorocaba - Câmara Especial - Relator: Fábio Quadros - 04.06.01 - V. U. – grifos nossos).*

Ora, o procedimento verificatório tem natureza inquisitiva, razão pela qual não pode ser tratado como se processo judicial fosse.

Destarte, é perfeitamente aceitável que se colham elementos oriundos do procedimento verificatório, desde que posteriormente confirmados na instrução judicial dentro dos princípios constitucionais fundamentais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

“Se a criança ou adolescente está exposta a iminente perigo, se há evidências de

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368 e 370.

¹⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 32.

*violência doméstica, se o abandono está caracterizado, pode o juiz, antes de adotar a medida extrema, suspender, liminarmente, o exercício do poder familiar, e encaminhar os pais a programas sociais. **A perda do poder familiar, todavia, só poderá ser decretada mediante o devido processo legal, assegurado o contraditório.** A delação frívola pode provocar graves injustiças. **A garantia do contraditório é fundamental, pois a destituição do poder familiar é medida gravíssima que não pode ser adotada levemente”¹⁵.***

Ora, “a decretação da perda ou suspensão do pátrio poder dependerá de decisão judicial, onde se assegure o procedimento contraditório (...).”¹⁶

Cumprido salientar ainda que, embora a Lei 8069/90 não estabeleça regramento próprio quanto à produção da prova, por norma infra-constitucional, deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, a qual traz como princípios fundamentais o contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Neste sentido, Alexandre de Moraes, segundo o qual “a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequada à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais”¹⁷. Portanto, na interpretação da Lei 8069/90, deve-se analisá-la em consonância com os princípios constitucionais já citados, de modo que não há possibilidade de destituição do poder familiar sem produção de prova de fatos autorizadores desta medida extrema sob o crivo do contraditório.

Portanto, não pode o procedimento verificatório ser recebido como prova pré-constituída para fundamentar a sentença de destituição do poder familiar.

Pensamento similar é utilizado no processo penal, quanto à impossibilidade de utilização das provas colhidas no inquérito policial para que estas, por si só, sirvam de fundamento para uma sentença condenatória. Este posicionamento é praticamente pacífico e tem por fundamento os mesmos acima expostos, ou seja, que o inquérito policial é procedimento administrativo desprovido de contraditório, sendo que a Constituição Federal assegura, em seus incisos VIV e LV, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Desta maneira, é certo, no campo do processo penal, que nenhum acusado poderá ter sua liberdade cerceada por uma sentença que fundamente a condenação com prova exclusivamente produzida no inquérito policial, ou seja, num procedimento administrativo.

Quanto ao processo civil, em geral, tais regras são menos inflexíveis. Um exemplo é que há muitos direitos disponíveis que admitem a revelia, cujo efeito principal é o de tornar verdadeiros os fatos alegados pelo autor (artigo 319 do Código de Processo Civil).

Entretanto, tratando-se de poder familiar, está-se diante de um direito indisponível, o qual não induz ao efeito principal da revelia acima citado, nos termos do artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil.

Porém, ainda que assim não fosse, fazendo um paralelo entre o direito à liberdade e o direito dos pais à convivência familiar com seus filhos (considerando que o direito à convivência familiar não é de titularidade exclusiva das crianças e adolescentes, mas também um direito dos pais, conforme o inciso II do artigo 1634 do Código Civil), embora não existam dados estatísticos, é certo que, se questionarmos muitos pais e mães se prefeririam ter a liberdade temporariamente

¹⁵ Silva, Marcos Alves. Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 50, Ano 8, maio/junho, 2008, pág. 4

¹⁶ ANDRADE, Romero de Oliveira. Estatuto da Criança e do Adolescente, comentários jurídicos e sociais, 9ª ed. Atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, pág. 121

¹⁷ Direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.



cerceada ou a convivência com seus filhos definitivamente cerceada, certamente a maioria deles responderia que preferiria a primeira opção.

Assim, se o poder familiar envolve sentimentos tão fortes e direitos dos mais importantes, estando inserido inclusive no direito a dignidade da pessoa humana, que é previsto no primeiro artigo da Constituição Federal dada a sua tamanha importância, é inconcebível que, ainda nos dias de hoje, possa haver interpretação de que o direito à convivência familiar possa ser cerceado sem que seja observado o devido processo legal e, por consequência, também o contraditório e a ampla defesa.

Por tudo que acima foi exposto, ainda que o procedimento verificatório ou qualquer outro procedimento administrativo demonstre a existência, num caso concreto, de causa autorizadora da destituição do poder familiar, é nula a sentença que fundamentar a procedência de tal pedido extremo unicamente em provas colhidas antes da instauração do processo e sem o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Pois bem, como primeiramente citado, esta tese foi apresentada anteriormente à Lei 12.010/09, a qual acrescentou o parágrafo único ao artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “o disposto neste artigo não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos”.

Como no início também foi exposto, a existência do procedimento verificatório ou como se chamar o procedimento administrativo fundamentado no artigo 153, ECA, é muito polêmica. Porém, para muitos, há possibilidade de sua existência, sendo que a Lei 12.010/09 pretendeu apenas impedir sua utilização para o afastamento da criança ou adolescente de sua família.

De qualquer maneira, já que muitos consideram possível a existência de procedimento administrativo realizado pela autoridade judiciária fora dos casos do parágrafo único do artigo 153, ECA, deve-se manter o posicionamento de que, nestes casos, não há possibilidade de utilização da prova produzida, sem o crivo do contraditório, para fundamentação de sentença de destituição do poder familiar, nos termos acima expostos.

2.2.6 SÚMULA: O indeferimento de diligência tendente à localização do réu postulada por curador especial em ação de destituição do poder familiar gera nulidade processual absoluta, com fulcro no parágrafo único do artigo 158 do ECA.

GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INACIO
Defensora Pública do Estado de São Paulo

Tharsila Favero de Camargo
Estagiária da Defensoria Pública

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

A Lei 8069/90, quando trata da perda e suspensão do poder familiar, em seu artigo 158, parágrafo único, estabelece que: “*deverão ser esgotados todos os meios para a citação pessoal*”. Também, o artigo 169, caput, do aludido Estatuto, dispõe que: “*nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas seções II e III deste Capítulo*”.

Com efeito, devem ser os aludidos dispositivos respeitados em homenagem aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Deve-se, pois, dar a verdadeira oportunidade de defesa, e, para tanto, imprescindível que se esgotem todos os meios de tentativa de localização do réu.

Isto porque o contraditório é constituído por dois elementos, quais sejam, informação e reação, e não admite exceções, mesmo em casos de urgência, devendo, em decorrência de sua natureza constitucional, ser observado materialmente e não apenas formalmente¹⁸.

Dessa forma, e, em observância ao citado artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser esgotados todos os meios possíveis para a citação pessoal do réu, para que este possa ter a devida ciência da existência de processo e, desse modo, ter a possibilidade de **efetiva defesa**. Não havendo, realmente, mais possibilidade de localização, a realização da citação ficta é viável, vez que esta pode ser utilizada apenas em circunstâncias excepcionais.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, sobre o tema, alerta que: “*para que seja autorizada a citação por edital, é preciso que o réu tenha sido procurado em todos os endereços que constam dos autos, e que não haja meios para localizá-lo*”¹⁹ (grifo nosso).

Ressalte-se que a citação por edital “*é extremamente excepcional, porque constitui um meio muito precário e pouco confiável quanto aos resultados a obter (...)*”²⁰.

Importante salientar também que o assunto em questão é dos mais importantes, ou seja, a perda do poder familiar. Assim, deve-se observar e respeitar os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, pelo que é necessário o exaurimento de todas as tentativas de realização da citação pessoal. “*Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa (...)*”²¹.

Ainda, trata-se o poder familiar de direito indisponível, não podendo o seu titular dele renunciar ou dispor, e, desse modo, necessária se faz a tentativa de localização do réu para que tenha oportunidade de defesa, até que se esgotem os meios possíveis para tanto.

¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 57.

¹⁹ Novo Curso de Direito Processual Civil, 4ª ed., Saraiva, 2007, p. 359.

²⁰ Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 423.

²¹ Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Direito de Família, 3ª edição, V. 6, São Paulo, Ed. Atlas, 2003, p. 370.



Ora, “a decretação da perda ou suspensão do pátrio poder dependerá de decisão judicial, onde se assegure o procedimento contraditório, entendendo-se este, inclusive, como a possibilidade jurídica de os pais interessados se valerem do princípio da ampla defesa, sem a observância do qual faleceria o contraditório”²².

Nesse sentido, é a jurisprudência:

“DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - CITAÇÃO EDITALÍCIA - NÃO ESGOTAMENTO DA POSSIBILIDADE DA OBTENÇÃO DA CITAÇÃO PESSOAL - NULIDADE CARACTERIZADA - ANULAÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO - ANÁLISE DO RECURSO PREJUDICADA. É preciso frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando da destituição do pátrio poder, direito indisponível, expressou claramente que devem ser esgotados todos os meios para que a citação ocorra pessoalmente, quando se tratar de cassação deste direito - que se liga umbilicalmente ao direito fundamental de convivência familiar preferencialmente junto à família natural. Assim, somente nos casos em que a citação pessoal se tornar impossível se passará à modalidade ato citatório por edital” (TJ/PR, RECURSO DE APELAÇÃO Nº 2.577-4, DE CASCAVEL, Des. NÉRIO SPESSATO FERREIRA – Relator, 22/02/99 – grifo nosso).

É certo que os dizeres acima expostos se aplicam aos casos em geral do processo civil, já que não há que se falar da validade da citação por edital sem que tenham sido esgotados os meios de citação pessoal do réu. Entretanto, embora tal regra seja clara e até mesmo decorrente dos princípios constitucionais fundamentais da ampla defesa e do contraditório, o Estatuto da Criança e do Adolescente resolveu por bem repeti-la expressamente em seu artigo 158, parágrafo único, tendo em vista a gravidade das conseqüências das ações de destituição do poder familiar e até mesmo a possibilidade de os pais estarem efetivamente a procura da criança ou do adolescente em questão. Assim, “versando a perda ou suspensão do pátrio poder sobre direito indisponível, o Estatuto dedicou especial cuidado à citação, prescrevendo que deverão ser esgotados todos os meios para que ela se realize na própria pessoa do requerido. Em outras palavras, deu ênfase à citação real, por meio da qual se tem certeza de que o réu ficou ciente da ação que contra ele foi proposta.”²³

Assim, já que, para muitos, a ação de destituição do poder familiar é aquela que piores conseqüências pode trazer ao réu, devem todos os operadores do direito unir esforços para que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam assegurados e, por conseqüência, que sejam efetuadas todas as diligências possíveis para a citação pessoal dos réus em tais casos.

²² ANDRADE, Romero de Oliveira. Estatuto da Criança e do Adolescente, comentários jurídicos e sociais, 9ª ed. Atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, pág. 121.

²³ AZEVEDO, Luiz Carlos. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários jurídicos e sociais, 9ª ed., atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 606.

2.2.7 SÚMULA: Na hipótese do inciso III, § 13, do art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o candidato à adoção domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente poderá ter deferida a adoção se detiver comprovada guarda de fato de criança ou adolescente e laços de afinidade e afetividade, em conformidade com a proteção integral.

JULIANA SPURI BERNARDI
Defensora Pública do Estado de São Paulo

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

O melhor interesse da criança e do adolescente deve prevalecer à adoção cadastral na hipótese de comprovada guarda de fato exercida, que tenha desenvolvido vínculos de afinidade e afetividade, trazendo evidentes benefícios à criança ou ao adolescente, tendo em vista que mera regulamentação judicial anterior de uma situação fática existente não pode desfazer laços estabelecidos que atendam o interesse da pessoa em condição de peculiar desenvolvimento, em conformidade com a doutrina da proteção integral.

Os cidadãos atendidos pela Defensoria Pública, hipossuficientes economicamente, e muitas vezes desprovidos de informação, não podem ser preteridos em direitos, sendo impedidos de adotar crianças e adolescentes com quem tenham evidentes vínculos afetivos e de afinidade, que atenda ao interesse da criança e do adolescente, em razão de não ter regulamentada legalmente a guarda fática existente ou não ter obtido a tutela em seu favor anteriormente.



2.2.8 SÚMULA: Apesar da primazia da adoção cadastral e impessoal estabelecida no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o rol trazido no § 13 do mencionado dispositivo não pode ser considerado taxativo em observância ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

JULIANA SPURI BERNARDI
Defensora Pública do Estado de São Paulo

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA:

Apesar de a adoção cadastral possuir evidentes vantagens, prevenindo a comercialização de crianças, combatendo o tráfico de pessoas e possibilitando um maior controle judicial deve poder ser excepcionada, com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, a adoção “intuitu personae” deve prevalecer, em alguns casos, quando os laços afetivos trouxerem evidentes vantagens à criança ou ao adolescente.

Há casos práticos em que os laços afetivos estabelecidos não estão insertos no rol do § 13º do art. 50 do ECA e deve prevalecer à adoção cadastral, hipóteses como quando o pedido for formulado por pessoa que não possua vínculo de parentesco com a qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou de quem exerça a guarda de fato de criança ou adolescente.





3.1 A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL & OS NOVOS RUMOS INTERNACIONAIS DA DEFESA TÉCNICA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

WANDERLINO NOGUEIRA NETO

I – INTRODUÇÃO

O mérito maior e mais evidente das intervenções da Defensoria Pública no Brasil - no campo da promoção e proteção de direitos humanos infanto-adolescentes, está no fato de ter se tornado imprescindivelmente um importante espaço público e um efetivo mecanismo para se garantir a defesa técnica de todas as crianças, adolescentes e suas famílias, em processos administrativos ou judiciais, havendo litigantes ou acusados em geral²⁴.

E nesse seu agir, vislumbra-se claramente que ela o faz contemporaneamente no foco de determinadas **tendências da doutrina e da normativa internacional**, que estão provocando profundos reflexos no ordenamento jurídico e político-institucional brasileiro:

1. DOCTRINAS DA DEMOCRATIZAÇÃO, INFORMALIZAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA, a partir dos estudos de José Joaquim Canotilho, Mauro Capelletti & Bryant Garth e Boaventura de Souza Santos, por exemplo²⁵;
2. DOCTRINAS SISTÊMICAS, HOLÍSTICAS E AUTOPOIÉTICAS DO DIREITO E DA JUSTIÇA (SUBSISTEMA JURÍDICO), DENTRO DO MACRO-SISTEMA SOCIO-ESTATAL, a partir dos estudos de Niklas Luhmann, Günther Theubner, por exemplo;
3. DOCTRINAS NEOCONSTITUCIONALISTAS GARANTISTAS DA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, a partir dos estudos de Robert Alexy, Luigi Ferrajoli e José Joaquim Canotilho, por exemplo²⁶;
4. DOCTRINAS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA, DO DIREITO PENAL MÍNIMO E DO ABOLICIONISMO PENAL, a partir dos estudos de Raúl Zaffaroni, Alexandro Baratta e Emilio Garcia Mendes²⁷;

II - DEFENSORIA PÚBLICA, DEFESA TÉCNICA E ACESSO À JUSTIÇA

Para que melhor se possa analisar e avaliar essas intervenções da Defensoria Pública no Brasil, a partir dessas **tendências internacionais, doutrinárias e normativas**, torna-se importante levantar preliminarmente os marcos teóricos referenciais em torno do tema do acesso à Justiça e avaliar os níveis de adequação da organização e funcionamento da Defensoria Pública no Brasil, a esses citados marcos.

²⁴ Conferir inciso LV do artigo 5º, da Constituição Federal – CF.

²⁵ E mais, em nível mundial: Juan Bustos. Enquanto, em nível nacional: Affonso Armando Konzen, Eduardo Rezende Melo, Leoberto Brancher, Raffaella Pallamolla, Luís Alberto Warat, dentre outros.

²⁶ E mais, em nível mundial: Christian Starck, Domingos Garcia Belaunde, por exemplo. Enquanto, em nível nacional: Gilmar Ferreira Mendes, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Flavia Piovesan, Daniel Sarmento, Lenio Luiz Streck, Walter Claudius Rothenburg, dentre outros. E mais em nível mundial: Christian Starck, Domingos Garcia Belaunde, dentre outros..

²⁷ E mais, em nível mundial: Elias Carranza (São José da Costa Rica), Alessandro Baratta (Saarbrücken), Rosa Del Olmo (Caracas), Lola Anyar de Castro (Maracaibo), Louk Husman (Roterdão), Manuel de Rivacoba y Rivacoba (Córdoba), Eduardo Novoa Monreal (Santiago), Antonio Beristein (São Sebastião – País Basco). Enquanto, em nível nacional: Maria Lucia Karan, Alexandre da Rosa, Paulo Afonso Garrido, Eliana Athayde, Celina Hamoy, Nilo Batista, Carlos Nicodemos, Flávio Américo Frassetto, dentre outros.



No dizer de CAPELLETTI & GARTH²⁸, o “*acesso à Justiça pode ser encarado como o requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar o direito de todos*”. A partir daí, Boaventura de Souza Santos²⁹ aprofunda a questão, chamando a atenção para os obstáculos e desafios ao acesso à Justiça, por parte das classes subalternizadas, dos trabalhos e grupos vulnerabilizados, classificando-os como econômicos, sociais e culturais. Isto é, quanto mais baixo o estrato social, maior se torna a distância do cidadão em relação à administração do sistema público de justiça, pois cidadãos com poucos recursos tendem a conhecer muito pouco seus direitos e tendem a hesitar em recorrer à justiça estatal judicial, por força de anteriores experiências de insucesso, suas ou de pessoas próximas e a possibilidade de sofrerem represálias.

A efetivação do direito, pelo acesso à Justiça, com qualidade, no Brasil e em todo o mundo, deve realizar-se mediante determinadas formas gerais de produção do direito e de possibilitação da convivência social – isto é, formas “*redutoras da complexidade social*”, num “*sistema autopoietico do Direito*”, segundo Niklas Luhmann³⁰, tais como (...):

(a) “*disciplina do processo/procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para solucionar esses conflitos de interesses (produção do direito processual)*”(GRIFEI); e

(b) “*organização da função e definição das competências dos agentes, que se farão responsáveis pela composição dos conflitos de interesses (produção do direito judiciário e do direito administrativo, normas de organização)*”(GRIFEI).

Vê-se, pois que o perfil da organização estatal não é algo estranho ao direito e sim elemento que integra sua estrutura. Dessa organização, dependem nossas estratégias de proteção de direitos. O perfil dos espaços públicos institucionais que permitem o acesso à justiça, desse modo, deixa de ser algo de indiferente e externo ao “ser” do direito, passando a integrá-lo. E isso é preciso se reconhecer em nível mundial e nacional de relação à Defensoria Pública, integrando-a ao próprio ser do Direito, como uma das suas essencialidades organizacionais, na forma da normativa nacional e internacional.

Igualmente, ao lado desse aspecto organizacional, enunciar o direito democraticamente exige previamente que sua produção se faça mediante processos legislativos, administrativos e judiciários, democraticamente estruturados, que se tornem mecanismos a assegurarem o acesso do povo à Justiça, com qualidade, especialmente garantindo-lhe o respeito ao devido processo legal e com isso a uma imprescindível defesa técnica.

Aplicar o Direito, assim sendo, impõe não só uma organização política das funções jurisdicional e administrativa, democraticamente adequadas, mas igualmente um processo respectivo. De nada adianta um direito bem enunciado, se não se institucionaliza em bom nível a organização política (leia-se Defensoria Pública) e não se proporciona um procedimento/processo de alto nível também (leia-se, defesa técnica) – tudo isso a garantir um mais democrático acesso à Justiça, com qualidade e com capacidade de acolher as demandas de toda a população, especialmente das classes subalternizadas e dos grupos credores de direitos e socialmente vulnerabilizados³¹, os mais afastados dos espaços públicos e mecanismos para acesso à justiça e conseqüentemente para a garantia dos seus direitos.

Tentando relacionar esses dois pólos em questão (organização e procedimento), com a questão da efetividade e da eficácia dos direitos fundamentais, Peter Harbele³² afirmou a existência de um status activus processualis, vendo neste status a dimensão procedimental/proces-

²⁸ CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 1998.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice. O social e político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez. 1995

³⁰ Apud LUHMANN, Niklas in AMADO, Antônio Garcia. La société et le droit chez Luhmann. 1993.

³¹ Como por exemplo, os adolescentes em conflito com a lei

³² Apud HARBELE, Peter in CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Direito, poder, justiça e processo. 1998.

sual dos direitos e liberdades. Por sua vez, J.J. Canotilho³³ afirma:

“*Para os direitos fundamentais poderem desempenhar a sua função na realidade social, eles necessitam, não apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, mas também de formas de organização e regulamentação procedimental apropriadas. Por sua vez, os direitos fundamentais influem no direito da organização e no direito de procedimento. Esta influência verifica-se não apenas nos direitos especificamente procedimentais, mas também nos direitos materiais*” (grifei).

Lembra mais J.J. Canotilho³⁴ que, num primeiro momento, a preocupação foi com “*enunciar os direitos fundamentais garantísticos-judiciais e garantísticos-processuais*”. Os problemas da organização e do processo/procedimento, só com o passar do tempo, ganharam o caráter de direito público material, normativamente configurados em sede constitucional.

A idéia de ordenação do Estado e de participação processual/procedimental fez-se indissociável dos direitos fundamentais e das liberdades, passando a se integrar neles e não só meramente garanti-los, externamente a eles. As demandas e conflitos dos cidadãos desembocam sempre na necessidade de se assegurar a eles o que se chama acesso à Justiça (com qualidade), através dessa ordenação do Estado e da participação processual/procedimental, ou seja, especificamente aqui da Defensoria Pública e da defesa técnica, como devido processo legal.

Todavia, há que se reconhecer modernamente que o Estado não é o único a receber as demandas dos cidadãos que buscam resolver um conflito. A prova disso está no que se chamaria de “*pluralismo jurídico*”, que se manifesta com o reconhecimento de que existe uma chamada “*cifra negra*” de delitos que não entram nos sistemas estatais penais e também no reconhecimento da existência de meios alternativos e informais de resolução de conflitos, como reconhecem os estudos da criminologia da reação social e crítica. Afirma Boaventura de Souza Santos,³⁵ a respeito:

“*De um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e da distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modo diverso*”.

Desse modo, quando se fala em acesso à Justiça como forma de realização do Direito, há que se recordar que aí se pode estar falando de uma estratégia para se alcançar a Justiça, enquanto valor ético-político. E, igualmente, já em termos organizacionais e procedimentais, pode-se estar falando-se de acesso à Justiça em um sentido amplo - tanto a uma justiça estatal judicial, quanto a uma justiça não-judicial (comunitária e contenciosa-administrativa).

Com base ainda em Mauro Capelletti & Bryant Garth, por sua vez, Raffaella Pallamolla³⁶ reconhece que, no mundo ocidental a partir de 1965, muitas medidas estão sendo tentadas para superar tais obstáculos, consubstanciadas em verdadeiras “*ondas cronológicas*” de promoção do acesso à Justiça, com qualidade:

- 1ª – criação da assistência judiciária para os hipossuficientes ou amplamente para os necessitados³⁷;

³³ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes.. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre direitos fundamentais, procedimentos, processo e organização in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – LXVI. 1990

³⁴ V. nota 12.

³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice. O social e político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez. 1995

³⁶ PALLAMOLLA, Raffaella. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo. 2009

³⁷ Artigo 134 – Constituição Federal.



- 2ª – representação jurídica em favor dos interesses difusos, coletivos, sociais e individuais indisponíveis e
- 3ª – informalização ou desjudicialização do acesso à Justiça.

A se reconhecer, como dito antes, que muitas medidas estão sendo tentadas, pelo Poder Público e pela sociedade civil organizada, para superar os grandes obstáculos à democratização do acesso à Justiça, isto é, de tal acesso com a qualidade necessária, consubstanciadas em verdadeiras “ondas cronológicas”, citadas acima, importante se torna, que se as leve em conta, quando se avalia o papel concreto da Defensoria Pública no Brasil.

De início, realmente a Defensoria Pública no Brasil particularmente (com este ou outros nomes) foi criada para meramente garantir assistência judiciária aos hipossuficientes, uma procuradoria do Estado para esse fim, advogados pagos pelo Estado para atuar numa linha assistencialista, quase que benemerente. A representação jurídica para a defesa dos interesses sociais, coletivos e difusos, em segundo momento abriu mais o leque de atuação dessa Instituição. Finalmente, com a chamada “onda” da informalização ou desjudicialização da Justiça, a Defensoria Pública, no Brasil - especialmente depois da Emenda Constitucional 45 que a tornou obrigatória e autônoma e que ampliou seu papel – vem ganhando novos contornos, uma força maior e mais visibilidade.

A democratização do acesso à Justiça deverá buscar sua qualificação no sentido do aumento de possibilidades das classes subalternizadas e dos grupos vulnerabilizados (como o dos adolescentes sob regime sancionatório socioeducativo) poderem levar suas demandas e seus conflitos a espaços públicos mais abertos e informais e ao mesmo tempo mais sensíveis a sua perspectiva e a sua necessidade de construir processos contra-hegemônicos, em termos jurídicos, sociais, econômicos, políticos e culturais.

Assim sendo as intervenções da Defensoria Pública no Brasil, ao lado de outros mecanismos de exigibilidade de direitos assemelhados, podem ser via privilegiada nesse sentido da democratização do acesso à Justiça e de construção de uma democracia real, cada vez mais participativa.

III – A DEFESA TÉCNICA E A DEFENSORIA PÚBLICA, NA AMBIÊNCIA SISTÊMICA E AUTO-POIÉTICA DA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Uma das grandes lutas que nos uniu e une, ontem e hoje, em um grande, visível e efetivo movimento nacional pós-ditadura, tem como bandeira o reconhecimento e a garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil, elevando-os em essência à categoria de sujeitos de direitos e os resgatando da triste condição de meros objetos de tutela do Estado, da sociedade e da família. E nesse roldão incluir-se-iam por exemplos, por emblemáticos, os adolescentes que cometem crimes, que se colocam em conflito com a lei, os chamados “meninas e meninas de rua” em situação de negligência, exploração e violência, privados de vida familiar – ambos, acentuados como titulares de direitos, em que pesem suas circunstâncias de vida especialmente difíceis.

Todavia, de nada adianta colocar-se a luta pelo reconhecimento dos direitos humanos de todas as crianças e de todos os adolescentes se não se garantir esses direitos, ou seja, promovê-los e protegê-los, sistêmica e autopoieticamente, através de instrumentos normativos (leis, tratados, resoluções, decretos etc.), instâncias públicas (órgãos estatais e entidades sociais, por exemplo) e de mecanismos de exigibilidade desses direitos (ações judiciais, mediação, auto-defesa, gerenciamento de dados/informações, fundos de investimento, estratégias de mobilização, advocacy, monitoramento etc.).

A doutrina, os costumes e a normativa internacional têm se direcionado contempo-



ranamente no sentido de se colocar o reconhecimento e a garantia dos direitos nessa perspectiva, sistêmica, holística e autopoietica.

Dando-se destaque aqui ao enfoque dado nesse sentido pela doutrina internacional (com francos reflexos sobre a doutrina nacional) parece ser importante aprofundar-se um pouco mais que o de costume sobre essas concepções postas aqui como tendenciais: especificamente sobre a idéia de sociedade enquanto ambiência sistêmica holística autopoietica.

Niklas Luhmann (op.cit.) entende que os elementos que compõem a estrutura de um sistema autopoietico (auto-produtor) e que se relacionam entre si, são “comunicações”. Essas comunicações, por sua vez, se servem de um processo circular e interativo (abandona-se na teoria autopoietica a idéia de hierarquia), onde cada elemento mantém uma relação com outro, dotando esse sistema, pois, de organização autopoietica ou auto-produtora.

Mas foi percebido que um modelo desse tipo seria extremamente complexo ao se tentar explicar, em seu contexto, que áreas do conhecimento como a política, o direito e a economia, entre outros, fossem elementos simples, sendo assim, redutíveis a “atos comunicativos” no interior desse macro-sistema pensado na visão sistêmica e autopoietica. Então se parte para uma concepção mais afinada com relação a esses componentes (direito, política etc.), epistemologicamente falando, se os pondo em níveis diferentes. Assim parece ser possível conciliar uma teoria sistêmica e autopoietica do Direito com o seu fim de acesso à Justiça.

Não podemos esquecer que a auto-produção do subsistema jurídico, enquanto esse é parte do sistema social geral e maior, também é uma auto-produção desse próprio amplo sistema social. E assim as autopoieses realizadas nos diversos subsistemas de segundo grau (direito, por exemplo) é, conseqüentemente, parte da autopoiese do sistema social de primeiro grau. Verificando-se que há nesse macro-sistema social geral uma diversidade de subsistemas autônomos entre si (jurídico, político, econômico etc.), elementos do sistema de primeiro grau, o que cada subsistema produz interferirá na órbita dos outros somente enquanto interferência na ambiência do macro-sistema social de primeiro grau. Assim, nenhum subsistema interferirá diretamente no outro, mas suas interferências ocorrerão enquanto observadas do meio do macro-sistema social. É nesse macro-sistema, de primeiro grau, que se pode pensar em “interferência subsistêmica”, não de forma direta, mas de forma eficaz; apontando uma possível solução para a idéia lógica de que o Direito necessita de um fim social, justo e humanista. Pode-se pensar, então, em ideais democráticos, auto-produzidos no subsistema político em conjunto com uma visão autopoietica do direito, no meio do macro-sistema social-estatal.

A partir dessas concepções sistêmicas, holística³⁸ e autopoietico³⁹ - se dá mais um passo para se instituir e fortalecer, em nível internacional (e regional latino-americano e caribenh) um Sistema Global de Promoção e Proteção de Direitos Humanos e, no Brasil, um Sistema Nacional de Garantia dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, como posto no ato que o institucionalizou, a Resolução nº 113/CONANDA. Através desse ato normativo de formulação e parametrização de políticas públicas, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA chamou a si a tarefa de estabelecer parâmetros para a institucionalização e o fortalecimento desse Sistema em todo país, com algumas recomendações mais amplas.

É de se lembrar que no passado no Brasil, um tanto tardiamente, tal discussão em torno da doutrina jus-humanista e da sua perspectiva sistêmico-holística e autopoietica, começou a se fazer, de maneira sistemática e ainda tímida, em 1987, no Núcleo de Estudos “Direito Insurgente” – NUDIN da Fundação Faculdade Livre de Direito da Bahia, de maneira genérica. E com apoio do UNICEF, mais especificamente a partir de 1991 no campo dos direitos infanto-adolescentes. Essa reflexão e seus produtos eram apresentados em termos amplos, inicialmente, quando se discutia a promoção e proteção dos direitos humanos das chamadas “minorias políticas” (negros, mulheres, minorias étnicas, crianças e jovens, p.ex.). Naquela oportunidade, em especial, procura-

³⁸ NOGUEIRA NETO, Wanderlino. 2005. “Direitos Humanos Geracionais”. Fortaleza: Ed. CEDCA-CE & SNPDC/SEDH

³⁹ LUHMAN, Niklas. op.cit. & GUNTHER, Teubner. “O direito como sistema autopoietico”. 1993



va-se inserir, dentro desse contexto geral, o recém-editado Estatuto da Criança e do Adolescente e a recém-ratificada Convenção sobre os Direitos da Criança. Posteriormente, o Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social – CENDHEC, no Recife, em seus seminários de avaliação e planejamento, em parceria com o Save the Children Fund - UK, aprofundou mais essa reflexão, dando destaque, específica e parcialmente, ao que se chamou de “*Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente*”. Essa discussão logo se ampliou para o âmbito da Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente – ANCED e em seguida chegou ao CONANDA, que o regulou e institucionalizou através do ato normativo citado.

Em verdade, o Estatuto, em nenhum momento, é suficientemente claro quanto a esse citado “sistema”: (holístico e autopoietico). Trata-se mais de uma inferência, especialmente a partir dos artigos 86 a 90. E principalmente de uma transposição para o Brasil do pensamento e dos modelos, internacional e regional (interamericano) a respeito, de uma decorrência da doutrina jus-humanista internacional (chamada no Brasil e em países da América Latina por advocacia do UNICEF de “doutrina da proteção integral”). Esse sistema nasce muito mais do espírito da Convenção sobre os Direitos da Criança do que propriamente do texto do Estatuto. Mas, mesmo assim, não se pode negar que este dispõe inquestionavelmente sobre “*proteção integral de direitos*”, isto é, ele foi promulgado como norma reguladora dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal. Assim sendo, conseqüentemente, ele tem que ser considerado com uma norma de “*promoção e proteção dos direitos humanos*”, especificamente de crianças e adolescentes, vez que esses dispositivos citados da Carta Magna têm essa natureza, equiparados que são ao seu artigo 5º⁴⁰.

Esse chamado sistema de garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes - SGDH operacionaliza-se mais como um “*sistema estratégico*”, do que propriamente como um “*sistema de atendimento direto*”. Essa natureza “*estratégica*” é própria, aliás, do sistema de promoção e proteção dos direitos humanos, em geral, do qual ele é parte. O SGDH não tem como paradigma, por exemplo, o sistema nacional de educação, o sistema único de saúde - SUS ou qualquer outro a vir se institucionalizar no campo das políticas públicas, especialmente das políticas sociais (um futuro sistema único de assistência social). Em resumo, ao SGDH, cabem os seguintes papéis:

(a) potencializar estrategicamente⁴¹ a promoção e proteção dos direitos da infância/adolescência, no campo de todas as políticas públicas⁴², especialmente no campo das políticas sociais e de

(b) manter restritamente um tipo especial de atendimento direto, emergencial, em linha de “*cuidado integrado inicial*”, a crianças e adolescentes com seus direitos ameaçados ou violados (“*credores de direitos*”) ou a adolescentes infratores (“*em conflito com a lei*”)⁴³.

As ações das instâncias públicas governamentais e não governamentais, que integram esse SGDH, precisam ser alavancadoras e facilitadoras, visando a uma inclusão privilegiada e monitorada desse público de crianças e adolescentes credores de direitos e de adolescentes conflitantes com a lei, nos serviços e programas dos órgãos da Administração Pública. E, igual-

⁴⁰ O artigo 1º do Estatuto citado deixa isso meridianamente claro e, em função disso, se tem sustentado em certas ocasiões que os artigos 227 e 228 da CF devem ser equiparados a “cláusulas pétreas”.

⁴¹ Mobilização social, sensibilização de dirigentes sociais e formadores de opinião (advocacy/lobby), construção de alianças e parcerias, empoderamento dos beneficiários (empowerment), construção de competências (capacitações, treinamentos, especializações, reciclagens etc.), estudos e pesquisas, monitoramento e avaliação etc. etc.

⁴² “Políticas públicas” (ou Políticas de Estado) - aquelas desenvolvidas conjuntamente pelo governo e pela sociedade civil organizada; elas podem ser classificadas como políticas sociais (educação, saúde, assistência social etc.), políticas institucionais (segurança pública, defesa do Estado, relações exteriores etc.), políticas infra-estruturantes (transporte, turismo, indústria, comércio etc.) e políticas econômicas (tributária, cambial, orçamentária, bancária etc.).

⁴³ “Crianças e adolescentes credores de direitos” e “adolescentes em conflito com a lei” – expressões usadas para definir o público-alvo do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 98) e da Convenção sobre os Direitos da Criança, mais adequadas que a expressão “crianças e adolescentes em situação de risco”, já que esta última é uma categoria própria da assistência social, ao lado da expressão “vulnerabilidade social” (o Estatuto citado em nenhum momento usa estas expressões, “situação de risco” ou “vulnerabilidade social”).

mente, alavancadores e facilitadores, visando à facilitação do acesso dele à Justiça. Para tudo isso operar, os órgãos todos do Sistema de Garantia dos Direitos Humanos de crianças e adolescentes (SGDH) funcionam exercendo três tipos de funções estratégicas:

- (1) promoção de direitos,
- (2) proteção de direitos e
- (3) controle institucional e social da promoção e defesa dos direitos.

Isso não significa que um determinado órgão público ou entidade social só exerça exclusivamente funções de uma linha estratégica. Quando desempenham suas atividades legais, cada um deles exerce preponderantemente um tipo de estratégia de garantia de direitos (promoção? defesa? controle?), mas podem também, em caráter secundário, desenvolver estratégias de outro eixo.

O eixo da proteção (defesa/responsabilização)⁴⁴ dos direitos da criança e do adolescente se consubstancia no asseguramento de acesso à Justiça, como visto atrás neste texto. Ou seja, no recurso aos espaços públicos institucionais e mecanismos jurídicos de “*proteção legal*” daqueles direitos humanos (gerais e especiais) e das liberdades fundamentais, da infância e da adolescência; para assegurar a impositividade daqueles direitos e liberdades e sua exigibilidade, em concreto. Nesse eixo, situa-se a atuação dos órgãos judiciais (varas da infância e da juventude, varas criminais⁴⁵, tribunais do júri, tribunais de justiça), dos órgãos público-ministeriais (promotorias de justiça, centros de apoio operacional, procuradorias de justiça), dos órgãos da defensoria pública e da polícia judiciária (inclusive os da polícia técnica), os conselhos tutelares (enquanto contenciosos administrativos, isto é, “*não jurisdicionais*”).

Em conclusão - há que se reconhecer que as intervenções da Defensoria Pública no Brasil, especialmente no campo amplo da Justiça Juvenil⁴⁶, têm atualmente uma valia ainda subestimada, ao fazer com que a proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, de modo geral, se faça de maneira sistêmica (holística e autopoietica), permitindo que o acesso à Justiça por esse público se faça a partir dos marcos paradigmáticos ético-políticos dos direitos humanos e dos marcos principiológicos jurídicos do direito constitucional (teoria geral dos direitos fundamentais) e do direito internacional dos direitos humanos.

A partir, dessa perspectiva sistêmica, holística e autopoietica, sucinta e provocativamente aqui apresentada, a Defensoria Pública no Brasil precisa se esforçar para ser - essencial e estrategicamente, com indiscutível visibilidade – uma efetiva instância pública de proteção de direitos humanos de crianças e adolescentes, autônoma (de relação aos demais integrantes do subsistema de Justiça como o Judiciário, o Ministério Público etc.) e, ao mesmo tempo, correlacionada (com esses outros integrantes citados) dentro do macro-sistema social e estatal. E, mais que isso: a Defensoria Pública, como parte desse subsistema de Justiça, há que ser, além do mais, autônoma de relação aos demais subsistemas (econômicos, políticos, administrativos) e, ao mesmo tempo, correlacionada/articulada com esses subsistemas, no meio da ambiência macro-sistêmica estatal e social. Este, o grande desafio para a Defensoria Pública.

A Defensoria Pública precisa aprender a auto-produzir sua independência funcional e administrativa e sua correlação (articulação/ integração), com outros subsistemas, no interior do macro-sistema social e estatal; a partir do aprofundamento do pensamento holístico autopoietico, como se tem produzido, em nível internacional, em termos de doutrina, costumes e normativa, como tendência dominante.

⁴⁴ Defesa dos violados e responsabilização dos violadores.

⁴⁵ Especializadas ou não na apuração e julgamento de crimes contra crianças e adolescentes, excetuados os crimes contra a vida (Tribunal do Júri).

⁴⁶ Expressão usada genericamente pela ONU em sua Convenção sobre os Direitos da Criança e pelo Comitê dos Direitos da Criança do Alto Comissariado dos Direitos Humanos da ONU.



IV – DEFESA TÉCNICA, DEFENSORIA PÚBLICA, PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.

De modo geral, a defesa técnica, obrigatória e irrestrita, é uma garantia constitucional fundamental reconhecida pela Constituição Federal, como integrante do princípio do devido processo legal, a ser assegurado aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, o que significa assegurar a esses litigantes e acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁴⁷

E tal defesa técnica é reconhecida mais especificamente como uma garantia processual-procedimental, de maneira similar e decorrente, pelo artigo 227, §3º da Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, na regulação do procedimento de apuração do ato infracional atribuído a adolescente. Tal se faz, reforçando o disposto genericamente pelo art.5º da Constituição Federal para que se evitasse retirar desse âmbito da garantia constitucional do devido processo legal o adolescente, quando submetido a procedimento judicial de apuração da prática de ato infracional, com os equivocados argumentos de que não se trata aí de “litigantes” e de que não há propriamente “acusados”; vez que a própria Constituição Federal retira expressamente tal público imputável do âmbito do direito penal, no seu artigo 228, ao submetê-lo a uma “*legislação especial*”.

Daí a razão de um dispositivo constitucional expressamente dirigido a abarcar a situação da responsabilidade/imputabilidade especial socioeducativa do adolescente em conflito com a lei. Tivesse a Constituição Federal e o citado Estatuto intenção de criar um regime penal para esses adolescentes em conflito com a lei (mesmo que especial que fosse tal regime penal) não traria esse dispositivo outro, explícito, no reconhecimento da imprescindibilidade da defesa técnica nos procedimentos de apuração do ato infracional, vez que o artigo 5º, LV genericamente já protegeria os direitos fundamentais desse adolescente, garantindo essa ampla defesa, por se tratar de “acusado” em processo judicial penal. Mas o legislador constitucional expressamente consagra a garantia da defesa técnica por profissional habilitado, no inciso IV do § 3º do artigo 227 da Constituição Federal.

Por sua vez, essa defesa técnica, tanto nos processos administrativos ou judiciais com litigantes ou acusados, há que ser feita ou por advogados constituídos nos autos ou por advogados dativos nomeados pelo juiz da causa, na forma da Lei Federal 8.906/94 e do Código de Processo Penal e de Processo Civil). E muito especialmente pelos defensores públicos, na forma da legislação própria (Lei Complementar 90/94). Da mesma forma se deve entender no caso dos procedimentos judiciais de apuração do ato infracional, quando atribuídos a adolescentes. Pena de nulidade absoluta, nenhum procedimento judicial dessa natureza poderá, por qualquer justificativa, dispensar em qualquer trâmite a intervenção de um advogado ou defensor público.

Mundialmente, o princípio fundamental garantista encontra seu fundamento nos paradigmas ético e políticos dos direitos humanos e nos princípios gerais do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensina Martin Krieler⁴⁸, a respeito da prevalência dos princípios garantistas no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados:

“A solução do dilema consiste no fato de que o Estado incorpora em certo sentido a defesa dos direitos humanos em seu próprio Poder, ao se definir o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos (...) os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos”.

Não se pode esquecer que a boa aplicação dessas garantias constitucionais con-

⁴⁷ Artigo 5º, LV – CF.

⁴⁸ KRIELER, Martin. “Introducción a la Teoría del Estado”. Buenos Aires: Ed. Del Palma. 1980.

figura “*elemento essencial de realização do princípio da dignidade na ordem jurídica*”.⁴⁹ A submissão de um homem (portanto de um adolescente) a um “*processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal*” atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva e fere o princípio da dignidade humana⁵⁰

E por causa dessa centralidade na defesa dos direitos humanos, na defesa dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais processuais, a defesa técnica ampla e irrestrita, em processos/procedimentos de apuração de atos infracionais ou de crimes deve encontrar guarita na normativa nacional dos países onde se tenham as “*crianças*”⁵¹ ou como imputáveis abaixo dos 18 anos ou mesmo como imputáveis abaixo dos 18 anos. Isso aconteceu na quase totalidade dos Estados-Partes que firmou e ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança, em nível maior ou menor de adequação a essa normativa convencional internacional.

Assim sendo, o princípio garantista da ampla e irrestrita defesa técnica foi adotado por todos os Estados-Partes, adequando-se sua legislação nacional à normativa internacional, para admitir ou uma Justiça Juvenil (garantista e não tutelarista!) para processar e julgar os menores de 18 anos, dados como imputáveis como p.ex. o Brasil; ou uma Justiça Penal Juvenil (igualmente garantista) para processar e julgar os menores de 18, dados como imputáveis e responsáveis como p. ex. a Argentina, a Alemanha, a Costa Rica. Ou por uma Justiça Penal Juvenil, alternada e concorrente, com uma Justiça Juvenil Socioeducativa, a depender do grau de discernimento do imputado, segundo decisão preliminar de um juiz de instrução – como p.ex. na França.

Diante desse reconhecimento da diversidade das situações na normativa dos países que acolheram a CDC, a primeira questão nesse ponto especificamente passa a ser a seguinte: - Quando se trata do “princípio garantista da defesa técnica”, esse é próprio e exclusivo do direito penal e da justiça penal? Que se deve entender como tal princípio fundamental e como se relaciona com as garantias processuais civis e penais?

Desse modo é de reconhecer que o princípio garantista da defesa técnica ampla e irrestrita, na linha do pensamento de Luigi Ferrajoli, pertence à Teoria Geral do Direito e não é exclusivo do campo do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Ou como afirma peremptoriamente Gilmar Ferreira Mendes⁵²:

“(...) o direito ao contraditório e à ampla defesa, no sistema brasileiro, tem relevo não apenas no processo judicial civil e penal, mas também no âmbito dos procedimentos administrativos em geral. (...) reconhece-se à vezes o significado desse princípio até nas relações privadas”.

Assim, no Brasil, por exemplo, os procedimentos de apuração de ato infracional atribuídos a adolescentes obedecem a esse princípio garantista da defesa técnica, por estar considerado na Constituição Federal, tanto de maneira genérica, tratando-se de qualquer cidadão, quanto de maneira específica, tratando-se do público adolescente. Estes “elementos garantistas”, segundo Luigi Ferrajoli, não valem apenas para o direito penal e processual penal, mas também para os outros campos do ordenamento jurídico. Inclusive para estes é possível elaborar, com referência a outros haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo

Quando da elaboração, discussão e aprovação do Estatuto em nenhum momento nenhuma voz dentre os participantes desse amplo processo se levantou para se definir essa responsabilização judicial pela prática de delitos, como uma forma de responsabilização penal, mínima que seja. Em nenhum lugar do texto original e do texto final aprovado se usou a expressão “*pena*”

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op.cit.

⁵⁰ Op. cit. – nota anterior

⁵¹ Repita-se: na linguagem da normativa internacional o termo “criança” se aplica indiscriminadamente até os 18 anos.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. “Proteção Judicial Efetiva dos Direitos Fundamentais” in Direitos Constitucionais e Estado Constitucional” org. LEITE, Jorge Salomão & SARLET, Ingo Wolfgang. Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora. Coimbra. PT. 2009.



– eufemismo ou rigor técnico? À época (mesmo a maior parte dos que defendem hoje a tese de uma responsabilização penal mínima), na verdade se defendia a tese de uma responsabilização especial, de natureza sancionatória e finalidade educativa. Em verdade, os que participaram da fase de elaboração do anteprojeto de lei levado ao Congresso Nacional e os que participaram do esforço de mobilização social e advocacy – nenhum deles em suas falas falavam em “responsabilidade penal”, expressão essa que só foi incorporada no Brasil por alguns dessas ilustres figuras do passado e novos, após evento apoiado pelo UNICEF (TACRO) no Chile como forma de combater o recrudescimento oportunista de uma linha penalista-retributivista (com leis latino-americanas de rebaixamento da idade penal) e pendularmente o retorno pendular de uma linha tutelarista (dita entre nós “menorista”), num contexto neo-autoritário – um em oposição ao outro, no dizer de seus defensores.

Pretendia-se, segundo essa doutrina ou maneira de interpretar a CDC, que nos países que estabelecessem a idade penal abaixo dos 18, a Justiça Juvenil fosse configurada como Justiça Penal Juvenil. Interpretação bastante avançada e consoante os princípios da CDC, isto é, garantia de mínimos garantistas (cf. Luigi Ferrajoli) e um caráter não retributivista para as sanções (nesses países de adição à onda do rebaixamento da idade penal) passaram a serem consideradas como sanções penais. Interpretação majoritária, mas não exclusiva, a se aplicar nos países que criaram um direito penal e uma justiça penal para menores de 18 anos. Mas que não essa era o caso do Brasil que havia feito conscientemente outra opção pelo não-rebaixamento da idade penal em sua Constituição Federal. A partir daí começou-se no Brasil a se repetir os argumentos desse evento, talvez sem nos darmos conta da peculiaridade da nossa Constituição Federal (artigos 227 e 228) e do nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir daí acusado por muitos de eufêmico, a-técnico, retrógrado, tutelarista et cetera, com novíssimas interpretações dos textos legais, que não se faziam no passado recente.

Isso parece estar bem claro na medida em que – para garantir a efetividade e eficácia de todos esses paradigmas éticos e princípios gerais do direito – a Defensoria Pública no Brasil passou a promover uma proteção judicial efetiva e o apelo às garantias constitucionais, em favor dos adolescentes em conflito com a lei. E assim, tem-se possibilitado que levem seus interesses, desejos e necessidades, à Justiça para que ela os reconheça ou não como direitos seus.

E a Defensoria Pública se torna conseqüentemente espaço público e mecanismo privilegiado nesse luta por direitos: não há exagero em se afirmar que atualmente a proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais do público infante-adolescente tem - no papel desempenhado pela Defensoria Pública no Brasil - o seu ponto mais importante. De nada adiantam juízes, promotores públicos e outros atores se não tivermos a figura do defensor público, integrando, por exemplo, os procedimentos de garantia do direito à convivência familiar e comunitária e o procedimento de apuração de ato infracional e de execução de medidas.

Não será exagero, pois afirmar-se que a maior mazela hoje nesse campo é a falta de defensores públicos integrando uma Defensoria Pública burocraticamente fortalecida e mais que isso uma Defensoria Pública cônica do seu papel constitucional e combativa na representação dos interesses, desejos e necessidades dos adolescentes em conflito com a lei, lutando para que sua dignidade humana seja respeitada, como semente de tudo mais: participação, proteção especial, desenvolvimento e sobrevivência; lutando por seu acesso à Justiça.

Petrópolis / São Paulo, agosto, 2010.
Wanderlino Nogueira Neto

O Autor é procurador de Justiça aposentado do Ministério Público da Bahia e integrante da Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente – ANCED (Seção Brasil da Defense for Children International – DCI). Foi Procurador Geral de Justiça (Bahia), professor de Direito Internacional Público da Universidade Federal da Bahia, Professor-Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Insurgente – NUDIN.BAHIA, Secretário Nacional do Fórum DCA (Brasília), Consultor Especial para o UNICEF (Brasil, Angola e Cabo Verde), Secretário-Executivo da ANCED-DCI e Coordenador do seu GT Monitoramento Internacional da ANCED-DCI.



3.2 CONSTITUIÇÃO, ESTATUTO E OS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Alguns desafios da defesa para garantia de direitos.

ALIRA CRISTINA FERNANDES DE MENEZES

No momento em que se comemoram os vinte anos de Estatuto da Criança e do Adolescente muitas matérias foram veiculadas na mídia e, mais uma vez, o destaque foi o aumento do número de adolescentes em conflito com a lei. Assisti, em rede nacional, a apenas uma matéria que tratava das crianças e jovens em situação de vulnerabilidade social. Tanto empenho em criticar o Estatuto, no que diz respeito à responsabilização dos jovens que praticam atos infracionais, nos remete a um questionamento: por que não se dá a mesma importância aos direitos violados destes mesmos adolescentes? Eu poderia falar dos direitos básicos: educação, lazer, saúde, moradia, convivência familiar e segurança, mas optei por tratar dos direitos constitucionais garantidos a todos aqueles que respondem por um crime. Tais direitos são garantidos aos adolescentes que respondem a um procedimento infracional? E os direitos especificamente previstos no Estatuto são? Vejamos:

1. Não auto-incriminação:

Previsão legal: Artigo 5º inciso LXIII da CF

Inclui o direito de ficar calado e o direito de não produzir provas contra si mesmo, inclusive o de não submeter-se a exames periciais. Em caso recente, de grande repercussão, um adolescente contou toda a sua participação em um homicídio e delatou a participação dos demais, todos adultos. Estes, por sua vez, se resguardaram no direito constitucional de ficarem calados para possível pronúncia em juízo. Por que será? Por que a regra é a confissão do adolescente, narrando muitas vezes outros atos que porventura tenha cometido e que sequer estão em apuração? Será que são devidamente informados de seus direitos? Onde está a falha? Qual a postura que deve ser tomada pelos defensores? Independentemente das crenças pessoais de cada defensor público, e tendo como exemplo a mim mesma, percebo que o mais difícil é focar-se no entendimento de que o nosso único compromisso é com o adolescente. Muitos de nós ainda resistimos a ser apenas defensores (o que já é muito!) e avançamos pela seara de atuação de promotores e até dos juízes. Aos poucos estamos assimilando que nosso papel não é “aplicar a justiça” da forma como a entendemos, mas dar aos que nos procuram todas as chances de defesa da liberdade e outros direitos. Bastante curioso, é que a presença dos pais/responsáveis, indiscutivelmente necessária, é, muitas vezes, um inibidor para que o jovem fique calado e mais ainda para que minta ou omita algo. Não raro os responsáveis desmentem o jovem em audiência. Até mesmo o estudo social preliminar, que muitas vezes avança sobre a apuração do ato, pode prejudicar a defesa. Já tive casos em que o técnico desmente o adolescente em audiência e diz para o juiz que “na entrevista ele confessou”. Nestas oportunidades sempre me manifesto, pois entendo que ao ser ouvido por um profissional (psicólogo ou assistente social) o adolescente se mostra sem reservas e não é admissível que o que ele diz naquele momento seja usado contra ele em um processo.

2. Saber quem são os responsáveis por sua apreensão.

Previsão legal: Artigo 106, parágrafo único do ECA

Comprovadamente 99%(noventa e nove por cento) dos adolescentes apreendidos, ao longo de dez anos de atuação no Centro Integrado da Capital, não souberam identificar quem os apreendeu. O mais grave é que destas apreensões muitas vezes resultam lesões e até mortes.

3. Comunicação imediata ao Juiz da Infância e Juventude

Previsão legal: Artigo 107 do ECA



Esbarra, em alguns casos, na falta de varas especializadas, comum fora dos grandes Centros e, mesmo onde elas existem, muitas vezes não atuam em regime de plantão. A exigência legal acaba sendo apenas formal já que a comunicação pode ficar em Cartório por dias até que chegue ao conhecimento do Juiz a apreensão do adolescente.

4. Comunicação e/ou Presença dos pais ou responsáveis em todas as fases do procedimento.

Previsão legal: Artigos 107 e 111, VI do ECA

A prática nos mostra que tal direito é constantemente violado, em especial na fase policial. A falta de estrutura, carência de pessoal, a distância ou dificuldade de acesso aos locais de residência são as justificativas mais comuns. Mais uma vez as deficiências da máquina estatal se sobrepõem às garantias legais e o que vemos são funcionários públicos (policiais) sendo nomeados como “curadores” dos adolescentes.

5. Não ser transportado em condições indignas.

Previsão legal: Artigo 178 do ECA

O transporte dos adolescentes é feito da mesma forma que os dos presos adultos, ou seja: em veículos sem ventilação, na carroceria de camionetes, nas malas dos carros.

6. Algemas

Previsão legal: Artigo 5º, III da CF e Artigo 3º do ECA

A súmula vinculante nº 11 do STF não foi especificamente destinada aos adolescentes em conflito com a lei, mas certamente a estes se estende. Mesmo assim é rotineiro ver dois adolescentes “dividindo” a mesma algema ou algemados em grades dentro de repartições judiciais e policiais, leis estaduais que regulamentam o uso por presos adultos e que são aplicadas aos menores de idade, jovens que não representam risco algum para policiais armados (meninos e meninas feridos, de frágil porte físico ou até internados em hospitais) sendo conduzidos ou mantidos algemados em total afronta ao Princípio da Dignidade Humana, sem que seja cogitada a aplicação da súmula. Certa vez, diante da evidente desnecessidade do uso de algemas em determinada audiência, interpus agravo retido da decisão que indeferiu meu requerimento para a retirada. Para minha surpresa o Representante do Ministério Público manifestou-se contrário, valendo-se do artigo 125 do ECA.⁵³

7. Internação provisória.

Previsão legal: Artigo 108 parágrafo único do ECA

Sua aplicação é, na maior parte das vezes, desvirtuada. Todos nós nos deparamos com segregações cautelares sem fundamentação, sem o requisito da necessidade imperiosa, impostas naquele momento para livrar o sistema e a família de um adolescente problemático que ninguém sabe lidar. Agrava esta situação a falta de políticas públicas de acompanhamento e apoio ao adolescente e sua família. A fragilidade da rede de proteção favorece, e muito, as arbitrariedades. Quanto ao prazo limite de quarenta e cinco dias o trabalho do defensor é constante: sobram casos em que há o extrapolamento e, de forma preocupante, já tivemos decisão de Tribunal Superior tolerando o excesso de prazo.

8. Apelar em liberdade.

Previsão legal: Artigo 5º LVII da CF e artigo 520 do CPC.

O efeito meramente devolutivo da apelação (artigo 198, inciso IV do ECA) foi revogado pela lei 12010/09. Ao se aplicar sistematicamente o ECA e o CPC (artigo 520) o duplo efeito é

⁵³ “Art. 125. É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.”



a regra. Tal entendimento se consolidará com atuações da Defesa em segunda instância, haja vista a grande resistência dos juizes de primeiro grau.⁵⁴

Estes são apenas alguns exemplos de desconformidade entre a lei e a realidade. Se entrássemos na seara das unidades executoras de medidas socioeducativas este texto preencheria muitas páginas. Em 2009, em conjunto com o Cedeca-Emaús, realizamos um monitoramento⁵⁵ em todas as casas de internação do Estado e suas avaliações ficaram muito aquém do aceitável, para dizer o mínimo. Nossa missão, como defesa intransigente dos direitos de crianças e adolescentes, exige duros embates, em especial porque não temos a mídia a nosso favor, mas, como vem acontecendo nestas duas últimas décadas, a cada conquista sairemos mais fortalecidos.

⁵⁴ No Estado do Pará, recentemente, as Defensoras Keyla Oliveira e Stella Lobato (Naeca-capital) conseguiram decisão favorável em sede de liminar, fato raro num tribunal como o deste Estado, extremamente conservador (Acórdão 87398 – Câmaras Criminais Reunidas-13/05/2010).

⁵⁵ Disponível na internet no site www.movimentodeemaus.org.



3.3 A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

CLAUDIA APARECIDA DE CAMARGO BARROS

RESUMO

O objetivo central destas breves linhas repousa na investigação acerca do princípio constitucional da prioridade absoluta, inscrito no art. 227 da Constituição Federal de 1988, eleito pelo legislador como princípio norteador das questões infanto-juvenis. Inicia-se com um breve relato da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente. Em seguida, analisa-se o princípio da prioridade absoluta no tocante aos antecedentes históricos, definição, destinatários, força normativa, aplicabilidade e concreção. Por último, aborda-se o princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes à luz do princípio constitucional da igualdade.

Palavras-chave: Prioridade absoluta. Criança e adolescente. Igualdade.



SUMÁRIO

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	124
2. DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA	125
2.1. Antecedentes históricos	125
2.2. Significado	125
2.3. Destinatários	126
2.4. Força normativa	127
2.5. Aplicabilidade	127
2.6. Concretização do princípio	128
3. A PRIORIDADE ABSOLUTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	128
CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS	132



LESCENTE

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente pode ser analisada a partir de três etapas bem distintas, segundo leciona Emílio Garcia Mendez⁵⁶:

- a) de caráter penal indiferenciado;
- b) de caráter tutelar;
- c) de caráter penal juvenil.

A primeira etapa, que vai do nascimento dos códigos penais no século XIX até a primeira metade do século XX, caracteriza-se pelo idêntico tratamento conferido aos maiores e menores de idade, diferenciando-se apenas na aplicação aos últimos de um tempo um pouco menor de privação de liberdade⁵⁷.

O caráter tutelar da norma, característico da segunda fase, originou-se nos Estados Unidos e espalhou-se pelo mundo no início do século XX, através do Movimento dos Reformadores, em razão da indignação da sociedade frente à promiscuidade no cumprimento da privação de liberdade imposta na fase anterior.

Uma das características centrais desta fase residia no fato de que não havia qualquer distinção entre menores abandonados e infratores, sendo que todos eram enquadrados na condição de *menores em situação irregular*. Outra importante característica desse período demonstrava que crianças e adolescentes eram tratados como *incapazes, meros objetos de medidas judiciais e assistenciais*, e não como sujeitos de direitos.

Com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direito das Crianças (1989), tem início o processo de responsabilidade juvenil, alicerçado sobre os pilares da separação entre problemas sociais e conflitos penais, da participação da criança no processo do conhecimento e formação de opinião e da responsabilidade social e penal⁵⁸.

No Brasil, a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 9806/90, trouxe consigo a ruptura com os dois modelos anteriores e introduziu o novo paradigma, alcançando ao menor a condição de cidadão sujeito de direitos e colocando fim à ambigüidade existente entre a proteção e a responsabilização do infrator⁵⁹.

Esse marco divisório entre as doutrinas anteriores e da proteção integral fez com que as crianças e adolescentes deixassem de ser meros *objetos de medidas judiciais e assistenciais*, e passassem a ser respeitadas na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, com prioridade absoluta no atendimento.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 227, a doutrina da proteção integral, assegurando às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, impondo essa co-responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado.

Ao Estatuto da Criança e do Adolescente coube a construção sistêmica da doutrina da proteção integral que tem como princípios gerais e orientadores o princípio da prioridade

⁵⁶ MENDEZ, Emílio Garcia. Evolução histórica do Direito da Infância e da Juventude. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA et al (Ogs). Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 9.

⁵⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. Processo Penal Juvenil – a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 72.

⁵⁸ SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente em Conflito com a Lei – da indiferença à proteção integral, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 18.

⁵⁹ TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 411.

absoluta, do melhor interesse e da municipalização do atendimento⁶⁰.

2. DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

2.1. Antecedentes históricos

O constituinte de 1988 inseriu, no art. 227 da Lei Maior, o princípio da prioridade absoluta que determina ser 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 do dever de garantir que fiquem à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Trata-se de inovação legislativa, uma vez que não há registros anteriores acerca da existência desse princípio ou equivalente nas Cartas anteriores. Nessa seara, vale ressaltar que esse princípio foi reconhecido na Constituição Federal de 1988 através de emenda popular com mais de dois milhões de assinaturas.⁶¹ A ideia nasceu a partir de uma mobilização social nacional na década de 80, a qual deu origem ao Fórum Nacional de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Fórum DCA).

Na seara internacional, a Sociedade das Nações, através da Declaração de Genebra de 1924, apresentou mudanças em relação à concepção sobre a autonomia e os direitos da criança e do adolescente e trouxe o conceito de *superior interesse da criança*, que foi desenvolvido pela Convenção de 1989. A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, apresentou a superioridade desses interesses.

Por seu turno, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989⁶², fruto de intensos estudos por cerca de uma década pelos representantes de 43 estados-membros da Comissão de Direitos Humanos da ONU, aperfeiçoou e destacou a preferência dos direitos infanto-juvenis⁶³.

Salienta-se, ainda, a existência de outros documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e as Convenções Europeias de Direitos Humanos que ressaltam a proteção especial que deve ser dispensada à criança e ao adolescente.

2.2 Significado

Relativamente ao significado do termo “absoluta prioridade”⁶⁴, verifica-se a presença de um adjetivo e um substantivo. O substantivo “prioridade” significa primazia, preferência sobre os demais. Por sua vez, o adjetivo “absoluta” significa sem restrições, pleno e incondicionado. No entanto, a interpretação literal não é o melhor método para identificar o verdadeiro sentido da norma, tornando-se necessária uma interpretação sistemática.⁶⁵

⁶⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

⁶¹ PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves Pinheiro. A prioridade absoluta na Constituição Federal de 1988: cognição do art. 227 como princípio-garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 2006. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. Disponível em: <<http://ftp.ufrn/pub/biblioteca/ext/btd/RobertaFAP.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2010, 01:49:00, p.

⁶² Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990, por meio do Decreto Legislativo n.º 28.

⁶³ O art. 3º da Convenção determina: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

⁶⁴ Neste ponto vale salientar a Constituição Federal utiliza-se do termo “absoluta prioridade”. Aqui vamos usar prioridade absoluta, vez que mais usual na atividade profissional diária.

⁶⁵ PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves Pinheiro. In: Op. cit., p. 121.



Nesse sentido, Liberatti⁶⁶ esclareceu o princípio da seguinte forma:

“(…) por absoluta prioridade, se deve entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; deve-se entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...) Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deverão asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc, porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante”.

Verifica-se que o legislador, ao fazer constar uma única vez no texto constitucional o termo absoluta prioridade, deixou clara a sua opção pela proteção especial que deve ser conferida aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Nenhum outro grupo que mereça especial proteção do Estado em razão de suas vulnerabilidades recebeu proteção tão ampla e enfática. Somente no âmbito da legislação infra-constitucional é que idosos foram beneficiados com a previsão de proteção integral e prioridade absoluta.⁶⁷

Desse modo, o princípio em comento determina que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes devam ser protegidos com preferência em relação a qualquer outro grupo social vulnerável, inclusive possibilitando a tutela judicial desses mesmos direitos.

2.3 Destinatários

Em relação aos destinatários do mandamento constitucional, resta claro no texto do art. 227, caput, que é obrigação do Poder Público, da sociedade, e da família garantir absoluta prioridade aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

A família, seja natural ou substituta, tem o dever moral natural e o dever legal de se responsabilizar pelo desenvolvimento integral de suas crianças e adolescentes. A comunidade, integrada pelos vizinhos, grupo escolar e a igreja, em razão da proximidade com a família, também se apresenta como co-responsável para a salvaguarda dos direitos infanto-juvenis. A sociedade em geral torna-se responsável pela garantia desses mesmos direitos fundamentais, buscando alcançar um mundo mais solidário, justo e não-violento. O Poder Público em todas as suas esferas também resta vinculado àquela opção de primazia feita pelo legislador constituinte.⁶⁸

Da leitura do texto constitucional extrai-se que também são destinatários da norma o Legislativo, Executivo e Judiciário, as instituições do Ministério Público⁶⁹ e da Defensoria Pública e os particulares. Trata-se, nesse caso, de responsabilidade concorrente⁷⁰ para os destinatários da norma, sem hierarquia e cada um no âmbito de suas atribuições.

⁶⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. In: Op. cit., p. 34.

⁶⁷ O Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) determina a prioridade absoluta aos direitos daquele grupo da seguinte forma: “Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

⁶⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). In: Op. cit., p. 20.

⁶⁹ NETO, Olympio de Sá Sotto Maior. O Poder Judiciário, Ministério Público e a prioridade absoluta para a infância e juventude. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/289.htm>>. Acesso em 17 jun. 2010, 01:37:00.

⁷⁰ PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves Pinheiro. In: Op. cit., p. 136.



2.4 Força normativa

A opção do legislador em garantir absoluta prioridade aos direitos fundamentais infanto-juvenis restou expressa no texto constitucional. Frente à força normativa da Constituição, tal norma vincula todos a quem é dirigida, sob o manto da supremacia da constituição⁷¹, sendo o descumprimento sancionado com a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja a título de ação ou omissão.

Embora não esteja no rol das garantias fundamentais, a prioridade absoluta apresenta-se como garantia fundamental, em razão do conceito materialmente aberto desta, conforme disposto no §2º, do art. 5º da Constituição Federal. O mencionado dispositivo declara, ainda, que são também considerados direitos e garantias fundamentais os decorrentes de tratados internacionais.

Nesse contexto, conclui-se que mencionado princípio tem proteção material própria dos direitos e garantias fundamentais, apresentando-se como cláusula pétrea, conforme art. 60, §4.º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Frente ao que exposto, conclui-se que a absoluta prioridade apresenta-se como uma garantia fundamental que confere ao público infanto-juvenil o poder de exigir dos destinatários dessa norma o cumprimento dos seus direitos.

2.5 Aplicabilidade

O princípio constitucional em comento, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não deixou margem para seus destinatários, sendo categórico ao afirmar que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são prioridade absoluta não necessitando de qualquer complemento para alcançar sua finalidade. Assim, não merece acolhida a argumentação de que nossa Constituição, no tocante à priorização das questões atinentes à infância e juventude, seria de cunho programático.

No entanto, o reconhecimento de direitos fundamentais deixou de ser ponto central, passando o problema pela concretização de direitos fundamentais face a limitação ou escassez de recursos trazendo a necessidade de se estabelecer critérios de preferência.

Verifica-se, então, a necessidade de utilização da via jurisdicional sempre que o Estado se omita quanto a alguma política social ou ação de abrangência individual contemplada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

É claro que não se pode esquecer da vinculação da Administração Pública à existência de recursos e sua previsão orçamentária. Assim, resta claro que a observância do princípio da prioridade absoluta impõe a inclusão desses recursos no orçamento.

Logo, não se trata de ingerência ou falta de atribuição do Judiciário para determinar como deve agir o Administrador, uma vez que é a própria Constituição que determina a prioridade a ser observada na seara infanto-juvenil. É o princípio constitucional que orienta a execução e aplicação das leis, priorizando a adequação da política econômica e fiscal nessa área.

Face o acima exposto, deduz-se ser o princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes mais um vetor de limitação ao agir discricionário do administrador público. Tal conclusão decorre do próprio princípio da legalidade que deve nortear toda a pauta de ações dos integrantes do Poder Executivo, dogma esse insculpido no art. 37 da Constituição Federal.⁷² Por sua vez, cabe ao Judiciário a tarefa de exigir do administrador público o cumprimento

⁷¹ Ibidem, p. 127.

⁷² MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id155.htm>> Acesso em 17 jun 2010, 01:40.



das normas direcionadas ao público infanto-juvenil.

2.6 Concretização do princípio

O Estatuto da Criança e do Adolescente, sistema aberto de regras e princípios, buscou conferir maior efetividade ao princípio constitucional da prioridade absoluta, in verbis:

“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, 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:

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

Constata-se que o legislador infraconstitucional, com o objetivo de regulamentar e concretizar o princípio constitucional em comento, prescreveu algumas situações nas quais a prioridade deva ser observada.

Salienta-se, porém, que este rol não é taxativo ou exaustivo mas apenas exemplificativo⁷³, vez que são inúmeras as situações onde será necessária a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Trata-se de norma aberta que permite uma ampla interpretação de modo a alargar as situações proteção com primazia ao público infanto-juvenil.⁷⁴

Relativamente à interpretação, o art. 6º do ECA traça os rumos da hermenêutica a ser empregada por seu aplicador, destacando os fins sociais a que se dirige; as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento.

3 A PRIORIDADE ABSOLUTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição de 1988 é, essencialmente, uma Constituição do Estado Social. O novo texto constitucional imprimiu elevado grau de importância aos direitos sociais básicos, diversamente das Constituições anteriores. Nesse contexto, o “centro medular” desse modelo estatal e de todos os direitos de sua ordem jurídica é o princípio da igualdade⁷⁵, considerado o “direito-guardião” do Estado Social que traduz a “essência do Estado Social”.⁷⁶

O princípio da igualdade está delineado no art. 5º, da Constituição Federal, onde dispõe que: “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 [...]”. Tal afirmação significa, no dizer

⁷³ LIBERATI, Wilson Donizeti. In: Op. cit., p. 34.

⁷⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). In: Op. cit., p. 24.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p.338-339.

⁷⁶ Ibidem, p. 341.



de Canotilho⁷⁷, a exigência de igualdade na aplicação do direito.

No entanto, o constituinte de 1988 não se limitou a estabelecer a noção de igualdade formal, havendo outras possibilidades de exegese do princípio. No preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 temos a igualdade e a justiça social como diretrizes necessárias para a construção de uma sociedade mais fraterna, pluralista e sem preconceitos, buscando alcançar a Democracia Social.⁷⁸ O ideal de igualdade também encontra campo fértil quando o constituinte de 1988 estabelece, no art. 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁷⁹:

Por seu turno, o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garantindo, ainda, a inviolabilidade do direito à igualdade.

A Constituição determina, ainda no art. 5º, certas obrigações ao legislador infraconstitucional ao estabelecer que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inc. XLI) e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (inc. XLII).

A igualdade consagrada na Constituição Federal ultrapassa a mera aplicação isonômica do princípio, agregando, ainda, a determinação de conteúdo igual da legislação. Assim, a concepção doutrinária de que o legislador é também um destinatário do princípio da igualdade, recebeu acolhida constitucional. Ainda, a Constituição tratou de esclarecer de que forma se dá o igual tratamento e seus limites, caracterizando discriminações permitidas e vedadas através da inclusão da expressão “sem distinção de qualquer natureza”.⁸⁰

No entanto, a igualdade estabelecida constitucionalmente não obriga que todas as pessoas tenham tratamento idêntico em todas as circunstâncias, não proibindo de modo absoluto as diferenciações de tratamento. A Constituição Federal de 1988 não somente veda qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV) como também estabelece desigualdades em busca da igualdade material, desde que não seja atentatória aos direitos fundamentais (art. 5º, XLI).

Portanto, o princípio constitucional da igualdade deve servir como elemento balizador de todo o sistema, guiando regras e outros princípios constitucionais, devendo observância apenas ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição da República). Deve espalhar-se, ainda, pela atividade executiva, legislativa e judiciária, servindo de norte para o desempenho das atividades públicas.

De outro modo, pode-se dizer que não basta proibir discriminações, sendo necessária, para o alcance dos objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, uma atuação transformadora da realidade através da prática de ações afirmativas ou discriminações positivas.⁸¹

⁷⁷ Ibidem, p. 388.

⁷⁸ Verifica-se, então, que o preâmbulo apresenta novos rumos para o constitucionalismo no Brasil, estabelecendo uma Constituição que não apenas proíbe as discriminações injustas como permite a desequiparação para certos grupos desfavorecidos com o objetivo de alcançar a efetiva igualdade material.

⁷⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁸⁰ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Editora Renovar, n.211, p. 241-269, jan./mar. 1998, p. 264.

⁸¹ Nesse ponto, convém esclarecer que o próprio texto constitucional aponta duas espécies de discriminação: uma contrária e outra conforme o princípio da igualdade. Então, temos que o critério que diferencia discriminação proibida e discriminação permitida é critério de natureza constitucional. A própria doutrina reconhece que o princípio da igualdade traz consigo a autorização para que o próprio Estado determine tratamento diferenciado, desde que haja justificativa. Logo, nem toda discriminação é vedada, apenas aquela que seja atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inc. XLI, da CF), conforme SILVA Jr., Hédio. Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de



Segundo Hédio Silva Jr., a igualdade possui dois conteúdos: um conteúdo negativo (obrigação de não discriminar) e um conteúdo positivo (obrigação de promover a igualdade), uma vez que “o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o discrimen seja empregado com a finalidade de promover a igualização”.⁸²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸³ pontifica que a igualdade não rejeita que seja dado tratamento jurídico diverso a certos grupos, quando a lei leva em consideração essas diferenças, para fins legítimos, esclarecendo que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça”.⁸⁴

Assim, a discriminação negativa (não permitida ou vedada) é fundada no desrespeito à igualdade, enquanto que a discriminação positiva encontra amparo na concepção material do princípio da igualdade, impondo ao Estado desenvolver políticas públicas voltadas a suprir desvantagens históricas impostas às pessoas em razão da cor, sexo, nacionalidade, religião ou outra condição especial. Tais políticas públicas são chamadas de ações afirmativas.

Canotilho ensina que a não-discriminação é uma das funções dos direitos fundamentais. Essa função de não discriminar deriva do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade consagrados na Constituição, ou seja, é o dever do Estado de tratar seus cidadãos como fundamentalmente iguais e direito à iguais prestações.⁸⁵ Assim, as desequiparações propostas visam compensar a desigualdade de oportunidades.

Atenta à tendência internacional de busca de efetivação da igualdade material, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a possibilidade da discriminação positiva em prol de “minorias” social e historicamente desfavorecidas.⁸⁶

Nesse contexto, atenta-se para “prioridade absoluta”⁸⁷ estabelecida às crianças e adolescentes no art. 227 da Constituição Federal. Nesse caso, a discriminação se dá não em razão de condições passadas, mas sob o enfoque da prevenção e perspectiva de melhorias para o futuro desses grupos.⁸⁸ O outro motivo pelo qual foi estabelecida a absoluta prioridade se deu em razão do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.

A inimputabilidade prevista aos menores de dezoito anos e a sujeição às normas da legislação especial (art. 228) também pode ser considerada sob o enfoque da discriminação positiva, vez que se leva em conta como fator de discrimen a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 60, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990).

A adoção desses critérios de discriminação leva em consideração, inicialmente, o instinto de preservação da espécie humana. Soma-se a isso o fato de que é na infância que se forma a personalidade de uma pessoa, que leva para a vida adulta toda a sua formação. Ademais,

Oliveira, 2002, p. 111.

⁸² SILVA Jr., Hédio. In: Op. cit., p. 113.

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v.69, n. 2, p. 72-79, jul./dez., 2003, p. 73. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 08 mai. 2007.

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 281.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2a. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

⁸⁶ Assim, em algumas passagens, a Constituição aponta proteção especial ou tratamento diferenciado aos que, de fato, são socialmente desfavorecidos, aos discriminados ou àqueles que ainda sofrem os efeitos de discriminações passadas, dentre outros.

⁸⁷ A garantia de prioridade, segundo o parágrafo único do art. 4o da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos e 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 juventude.

⁸⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Informação Legislativa, Brasília, n. 33, p. 283-297, jul./set., 1996, p. 292.



quando se protege direitos infanto-juvenis, ter-se-á uma sociedade formada por adultos produtivos e não-violentos, o que interfere no crescimento de um país.⁸⁹

Por outro lado, a escassez de recursos é um fato que representa entrave para a efetivação de direitos fundamentais individuais e sociais em sua plenitude. Diante disso, a eleição desse critério foi feita no intuito de buscar a realização da justiça.⁹⁰

Aponta-se, ainda, como motivo do discrimen a situação de dependência e desigualdade em que se encontram crianças e adolescentes perante os outros membros da sociedade em razão da inexperiência e pela falta de desenvolvimento físico e mental completos, representando a camada social mais frágil. Tais circunstâncias os torna vulneráveis a todo tipo de violência e desrespeito. Assim, necessitam de proteção especial, vez que considerados em sua condição peculiar de desenvolvimento em razão de não terem alcançado ainda o pleno amadurecimento físico e mental.

Tal prioridade decorre, ainda, do sentimento de solidariedade humana em relação ao público infanto-juvenil⁹¹ e pela urgência no atendimento de seus direitos, posto que se trata de fase efêmera e passageira.

O traço comum identificado em todas as situações acima apresentadas é a busca da igualdade através da discriminação positiva para certos grupos vulneráveis. Visualiza-se, assim, formas para atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, observando a dignidade da pessoa humana, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

Verifica-se, portanto, que a proteção das minorias e grupos sociais vulneráveis não compreende apenas a proibição do tratamento discriminatório. O princípio da não-discriminação, acolhido em vários documentos internacionais, mostra-se insuficiente à tutela das minorias. Por outro viés, o princípio igualitário não se restringe a vedar discriminações injustas. Assim, imperiosa a adoção de políticas afirmativas concretas no sentido de efetivação da igualdade substancial, especialmente quando se trata do público infanto-juvenil.

Portanto, a hipótese questionadora da inconstitucionalidade da prioridade absoluta atribuída aos direitos infanto-juvenis por ferimento ao princípio isonômico não se mostra viável em razão da possibilidade de realizar a igualdade material e justiça social no âmbito de Estado Democrático de Direito, através da permissão de certas desequiparações, desde que justificadas.

Assim, o constituinte manifestou-se claramente acerca da necessidade de políticas inclusivas voltadas para a redução das desigualdades sociais, através de ações positivas e transformadoras da realidade, amparando constitucionalmente a prática das ações afirmativas, permitindo certas desequiparações para atribuir máxima eficácia ao princípio da igualdade material e como forma de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

A análise da evolução histórica dos direitos infanto-juvenis no Brasil permite concluir que esse grupo vulnerável merece tratamento jurídico diferenciado em razão do reconhecimento da condição de sujeitos de direitos que se encontram vulneráveis face às particularidades que essa fase efêmera da vida apresenta.

Essa diferenciação foi reconhecida em nível internacional e nacional, ao se conferir tratamento primordial para a satisfação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. No Brasil, a absoluta prioridade encontrou guarida no texto constitucional (art. 227) e foi regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) que prescreveu, de forma apenas

⁸⁹ PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves Pinheiro. In: Op. cit., p.124.

⁹⁰ Idem, p. 123.

⁹¹ PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves Pinheiro. In: Op. cit., p. 127.



exemplificativa, algumas situações nas quais esse tratamento primordial deve ser observado.

Conferir prioridade absoluta significa que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes devam ser protegidos com preferência em relação a qualquer outro grupo social vulnerável, sendo destinatários deste mandamento o Poder Público, a sociedade e a família.

A absoluta prioridade apresenta-se como uma garantia fundamental que confere ao público infanto-juvenil o poder de exigir dos destinatários dessa norma o cumprimento dos seus direitos. Apresenta-se, ainda, como um vetor de limitação ao agir discricionário do administrador público.

Destarte, verifica-se que o legislador constituinte ao estabelecer a prioridade absoluta, permitiu tratamento jurídico diferenciado como forma de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e atribuir máxima eficácia ao princípio constitucional da igualdade material.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2a. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v.69, n. 2, p. 72-79, jul./dez., 2003. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 08 mai. 2007.

_____. Curso de direito constitucional. 32a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Processo Penal Juvenil – a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa, Malheiros, São Paulo, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id155.htm>> Acesso em 17 jun. 2010, 01:40.

MENDEZ, Emílio Garcia. Evolução histórica do Direito da Infância e da Juventude. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA et al (Ogs). Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

NETO, Olympio de Sá Sotto Maior. O Poder Judiciário, Ministério Público e a prioridade absoluta para a infância e juventude. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/289.htm>>. Acesso em 17 jun. 2010, 01:37:00.

PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves Pinheiro. A prioridade absoluta na Constituição Federal de 1988: cognição do art. 227 como princípio-garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 2006. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. Disponível em: <<http://ftp.ufrn/pub/biblioteca/ext/btd/RobertaFAP.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2010, 01:49:00.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Informação Legislativa, Brasília, n. 33, p. 283-297, jul./set., 1996.

SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente em Conflito com a Lei – da indiferença à proteção integral, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

SILVA Jr., Hédio. Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Editora Renovar, n.211, p. 241-269, jan./mar. 1998.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



3.4 EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS: GARANTIA DE DIREITOS E PROMOÇÃO DA CIDADANIA

MARIA CARMEN DE ALBUQUERQUE NOVAES

A execução de medidas sócio-educativas (mse) na Bahia não é diferente do que ocorre nos demais Estados.

Especialmente quando falamos das mse de privação de liberdade – semiliberdade e internação, podemos facilmente visualizar um espaço onde há, diariamente, violação aos direitos à saúde, educação, segurança, convivência familiar e ao desenvolvimento saudável. Mesmo quando nos referimos às medidas executadas em meio aberto – prestação de serviços à comunidade (psc) e liberdade assistida (la), também são espaços, ou momentos, em que os adolescentes são postos sob a mão do Estado que pretende ressocializá-los.

Neste contexto, o adolescente em cumprimento de mse sofre o estigma de ser um inimigo da sociedade, de uma sociedade impulsionada pela vontade histórica de punir, trancafiar, marginalizar o infrator do meio dos seus semelhantes.

Este desejo apressado pelo afastamento do adolescente do seu ambiente, sequer permite a todos nós perceber e apreender que a prática de um ato infracional é, nada mais, que a sequência natural, o passo seguinte, a ser dado por quem não teve a oportunidade da educação, da orientação, da profissionalização e da inserção no mercado de trabalho. Encerrar o jovem num espaço em que se está passível de ver perpetuar estas violações, não vai resolver o problema.

O ente público executa as mse na Bahia em 100% dos casos, com alguns avanços – início da regionalização, e falhas abissais: embora utilize quase integralmente o SIPIA/SI-NASE, na capital, não há informações sobre a efetiva ressocialização do egresso, a retomada e manutenção da convivência familiar, a reincidência ou se houve o ingresso daquele adolescente no mundo criminal, já sob as determinações do Código Penal. O que se infere, sem dúvida, é que, também nesta seara, o Estado é o maior violador de direitos.

Quando se fala em mse, a sua aplicação e execução não pode ser dissociada da necessidade da implantação de Varas Especializadas da Infância e Juventude, pela propriedade da proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em todo o Estado, de 417 municípios e 278 comarcas, apenas 05 possuem Defensores Públicos, Promotores de Justiça e Juízes de Direito especializados na temática; as demais dividem sua atenção com as Varas Criminais/Tribunal do Júri. Resta óbvio que resulta esta situação numa oferta de defesa técnica deficiente, julgamento comprometido, sociedade insatisfeita, descrente; significa baixo conhecimento de quando se deve aplicar uma MSE e disposição zero para aplicação de medidas protetivas; falta de integração entre Delegacias Especializadas, Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário. Em seis palavras? Desconsideração do princípio da prioridade absoluta (previsto no art. 227 da Constituição Federal e art. 4º do ECA).

Privado de sua liberdade, por consequência do ato infracional cometido, ao adolescente deve ser proporcionada a oportunidade do exercício da cidadania através de um projeto sócio-pedagógico. Tratando-se de mse, mais do que estarmos unidos na crise, é preciso irmanar para acompanhar a formulação e execução de políticas públicas para infância e juventude.

Num universo de 61 milhões de crianças e adolescentes, 17.500 adolescentes estão em conflito com a lei, 70% por atos de menor potencial ofensivo, dos quais 95% é contra o patrimônio; 3% deste total aponta pelo cometimento de atos violentos, em todo o Brasil. É possível, sim, fazer com que dê certo.

Mas, e os 60.982.500? Podemos dizer que estamos atentos e que tudo vai bem?

É preciso olhar diferente. É preciso olhar para frente. É preciso olhar para quem é gente.



3.5 EDUCAÇÃO: SOLUÇÃO PARA O ADOLESCENTE EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA.

NADIA MARIA BENTES

Autora: NADIA MARIA BENTES, Defensora Pública e Coordenadora do Núcleo de Atendimento Especializado da Criança e do Adolescente/NAECA de Belém/PA; Pós-graduada em Direito Especial da Criança e do Adolescente pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ; Membro da Comissão Especial para Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do CONDEGE; Membro do Fórum Permanente de Defensores Públicos Coordenadores de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente e Coordenadora para assuntos de Defensorias Públicas do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública/IBAP.

“Se tens planos para um ano, plante arroz. Se tens planos para dez anos, plante árvores. Se tens planos para cem anos, instrua o povo.” (Provérbio Chinês)

Breves Considerações Históricas:

A história da educação no Brasil iniciou com a chegada dos padres jesuítas, que vieram catequizar os índios, dando ênfase ao respeito e submissão que deviam para Portugal. Posteriormente, fundaram suas escolas de ensino humanista e a educação ficou a encargo da Igreja, visto que o Governo mantinha apenas as escolas militares, ressaltando-se que a educação nesta fase não era popular.

Com a expulsão dos jesuítas do Brasil e a chegada da família real foi que D.João deu impulso na educação, mas foi só com a proclamação da independência e o início do Império que houve a popularização da educação com a criação de escolas em todas as cidades, vilarejos e povoados.

A Educação foi incluída na Constituição de 1824, mas nada, além disso, foi alçado neste campo. Somente com a Constituição de 1934 é que a Educação foi tratada em um capítulo inteiro, demonstrando deste modo, o espírito democrático da Constituição, mas estas determinações legais nem chegaram a ser implementadas, pois com a Constituição de 1937 e Estado Novo Ditatorial, vários artigos foram suprimidos.

Foi a Constituição de 1946 que proporcionou a primeira grande reforma do ensino no Brasil. Com o Golpe Militar que culminou com a ditadura em nosso País, veio a Constituição de 1969 que determinou a educação como direitos de todos e dever do Estado.

A Ditadura Militar começou a demonstrar seus insucessos, fracassos e os movimentos populares intensificaram-se no País caminhando para a promulgação da Constituição Federal de 1988, que garantiu a educação como Direito Fundamental.

Educação Para Todos: Garantia Constitucional:

A Constituição Federal de 1988 incluiu a Educação no capítulo referente aos Direitos Sociais no art. 6º e no art. 205 garantindo a Educação como direitos de todos e dever do Estado e da Família, devendo ser incentivada pela sociedade, para que haja o pleno desenvolvimento da pessoa, com o seu preparo para o exercício da cidadania e trabalho, podendo-se afirmar que é um



verdadeiro direito natural, pois é inerente à pessoa humana, independentemente de sua idade ou condição social. No dizer de José Celso Mello Filho:

“A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático” (MELLO FILHO, 1986, p. 326)

Garantiu que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e que o seu não-oferecimento pelo poder público ou sua oferta irregular, importa em responsabilidade da autoridade competente, sendo esta uma das grandes inovações Constitucionais, pois trouxe a possibilidade de se poder recorrer judicialmente para garantia destes direitos de forma individual ou coletiva, através das ações civis públicas, conforme assevera Maria Cristina de Brito Lima:

“E em se tratando, portanto, de direito subjetivo, tem-se-no como uma faculdade de obrigar, isto é, o credor (cidadão) tem o direito de exigir do devedor (Estado) o cumprimento da obrigação, sendo certo que a coação, no caso, far-se-á através do próprio Estado, pela sua função jurisdicional (Poder Judiciário), que se incumbirá de interpretar a norma constitucional, no tocante à educação básica, como determina a Carta Magna vigente.” (LIMA, 2003, p. 30)

Como direito público subjetivo, a educação agregou dois princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito que são: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, visto que a sua concretização leva a garantia dos referidos princípios.

Ressaltamos que não basta que este direito esteja expresso na Constituição, sendo necessário que sejam gerados os efeitos que se espera para que esta garantia não se torne letra morta, pois sabemos das grandes dificuldades enfrentadas por nossa população para o acesso a educação, que ainda é muito limitada em termos econômicos, tendo em vista a má distribuição de renda que leva a existência de um verdadeiro abismo cultural. Vejamos:

“O acesso à educação no país é ainda limitado como também seletivo em termos econômicos. A estratificação social no Brasil é extremamente concentrada, levando a diferenças culturais. Em função destes contrastes culturais e econômicos existentes, a distância social e cultural a ser percorrida pelos indivíduos é relativamente grande, o que torna a mobilidade social uma questão complexa.” (LIMA, 2003, p. 30)

A grande parcela da população pobre de nosso país fica à parte desta garantia constitucional da Educação para todos, pois sabemos que não basta que o poder público ofereça vagas para o ensino público, necessário se faz que sejam criados mecanismos para que as famílias carentes tenham condições de manter seus filhos nos bancos escolares.

O desemprego e a luta pela sobrevivência, normalmente, levam a evasão escolar e ao trabalho infantil, grandes chagas de nosso país que estampa em cada sinaleira de nossas ruas as desigualdades sociais.

Esta população que não teve acesso à educação na idade ideal, bem como em idade posterior acaba sem oportunidade de profissionalizar-se, aumentando o número da grande massa de mão-de-obra desqualificada de nosso País, pois não possui o mínimo necessário de educação para qualificação de seu trabalho.



A Educação sobre a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente:

O art. 227 da Constituição Federal, abaixo transcrito, consagrou a Doutrina da Proteção Integral, considerando crianças, adolescentes e jovens sujeitos de direitos, mercedores de prioridade absoluta, responsabilizando a família, a sociedade e o Estado pela garantia dos direitos fundamentais desta parcela da população. Vejamos:

“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.” (BRASIL, 2010 p. 116)

A Magna Carta adotou um conjunto de princípios expressos no artigo retro citado, que reconhece e declara os direitos integrais e fundamentais das crianças, adolescentes e jovens, sendo a primeira vez dentro da história pátria, que uma Constituição consagrou Prioridade Absoluta, para estes sujeitos de direitos, estabelecendo o dever de proteção e responsabilidade entre a família, a sociedade e o Estado, sendo inseridos definitivamente no ordenamento jurídico nacional de forma integral, onde foi reconhecida sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, estabelecendo a Doutrina da Proteção Integral.

Após o advento da nova Constituição, em 13 de julho de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamentou os princípios expressos no Art. 227 do referido diploma legal, não podendo ficar de fora das novas regras estatutárias a garantia fundamental a educação.

O art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente garantiu o direito à educação para esta parcela da população, preparando-a para o desenvolvimento da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes ainda: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; o direito de ser respeitado por seus educadores; o direito de contestar critérios avaliativos podendo recorrer às instâncias escolares superiores; direito de organização e participação em entidades estudantis; o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Considerou ainda como direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como a possibilidade de participar das definições das propostas educacionais.

Determinou o art. 55 a obrigatoriedade dos pais ou responsáveis matricularem seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino, elencando no art. 54 como deveres do Estado à garantia do ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador e o atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Ressaltando-se que o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente, através de ações individuais ou coletivas como já previa a Constituição Cidadão de 1988.

O art. 208 do Estatuto a seguir transcrito demonstra que não basta conceder direitos para crianças e adolescentes, necessário se faz que sejam demonstrados também os mecanismos, as condições e os instrumentos para que tais direitos concedidos sejam assegurados e concretizados, preocupação esta também refletida na Constituição Federal de 1988, conforme visto no tópico anterior.

“Art. 208. Regem-se pelas disposições desta lei as ações de responsa-



bilidade 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.

Parágrafo único. 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.” (BRASIL, 2010, p. 54/55)

A educação como prioridade absoluta para crianças e adolescentes, mais do que um direito fundamental é um direito natural, inerente à pessoa humana, seja qual for sua idade ou condição social, não podendo limitar-se ao ensino formal, mas deve principalmente estar voltada para o exercício da cidadania e profissionalização.

A Educação e o Adolescente em cumprimento de medida sócio-educativa:

A Doutrina da Proteção Integral, preceituada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe um novo modelo de responsabilização do adolescente a quem for atribuída à autoria de ato infracional, através da aplicação de medidas sócio-educativas.

Dentro desta nova ótica, o Art. 112 do Estatuto elencou as medidas sócio-educativas que podem ser aplicadas ao responsabilizar os adolescentes – sujeitos de direitos - a quem for atribuída à autoria de ato infracional, que é entendido como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, nos termos do Art. 103 do citado diploma legal. Essas medidas são diferenciadas em um grupo privativo de liberdade (internação e semiliberdade) e outro onde não há a privação de liberdade (advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e medidas protetivas), devendo ser aplicadas de acordo com a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias do ato e a gravidade da infração, destacando que compete ao Poder Judiciário à aplicação e o controle da execução das medidas sócio-educativas, velando pelo seu cumprimento que tem por pressuposto a existência de programas adequados para inserção do adolescente e que por ser um processo sócio-educativo, a educação desempenha papel relevante em seu desenvolvimento.

Ressaltamos que a aplicação de uma medida sócio-educativa a um adolescente a quem foi atribuída à autoria de ato infracional, tem o escopo de socializá-lo através de um processo educativo, devendo prestar-lhe atendimento psicossocial, pedagógico, profissionalizante e que leve a sua reinserção social.

Não podemos perder de vista que a educação em sentido amplo abrange tanto o



ensino regular, como as atividades educativas informais e até mesmo quando são aplicadas medidas sócio-educativas aos adolescentes que passam pelo processo de socialização.

Destacamos que os adolescentes a quem for determinado o cumprimento de uma medida sócio-educativa, devem passar pelo processo de socialização e de educação que é exigido tanto as medidas de meio aberto como as de meio fechado, mas na de meio aberto à família tem obrigação de acompanhar o desempenho do adolescente, bem como a equipe técnica responsável pela execução e cumprimento da medida aplicada.

Já no cumprimento de medida sócio-educativa em meio fechado (internação e semiliberdade), a responsabilidade do desenvolvimento educacional do adolescente é da equipe da Entidade responsável pela execução do programa, que normalmente pertencente ao Estado. Por tal razão que foi explicitado no inciso VIII do art. 208 do ECA, que a sua oferta irregular ou o seu não oferecimento são passíveis de ações de responsabilidades a quem ofender estes direitos.

Na medida de semiliberdade a instrução escolar e a formação profissional são elementos constitutivos de seu cumprimento. O trabalho externo, a frequência em cursos, em atividades de integração e reinserção do adolescente são realizados durante o dia na escola ou no trabalho e à noite recolhe-se à Entidade.

A internação que é a medida mais severa prevista no Estatuto, somente poderá ser aplicada quando forem praticados atos infracionais cometidos com grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, entretanto, apesar de ser privativa de liberdade, em seu cumprimento, o adolescente poderá realizar atividades externas, desde que a equipe interdisciplinar entenda conveniente e não exista qualquer determinação judicial expressa que justifique o contrário.

Apesar das garantias legais e fundamentais concedidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, observamos dentro de nosso país, até mesmo pelas notícias divulgadas pela imprensa, que a grande maioria das Entidades destinadas ao cumprimento de medidas fechadas encontram-se desestruturadas, inexistindo ou existindo de forma precária propostas pedagógicas, educacionais, programas ou políticas que promovam a reeducação e reinserção social dos adolescentes, sendo, na realidade prática, verdadeiras “prisões Juvenis”, tornando-se verdadeiros “barris de pólvora”, pois encontram-se superlotadas, sem mecanismos de educação e as autoridades constituídas só tomam conhecimento de sua existência, quando ocorre uma rebelião ou homicídio dentro das Unidades. Neste momento, todos buscam um responsável, culpando, normalmente, por esta deficiência do sistema, apenas os funcionários ligados a essas instituições, esquecendo que foram eles mesmos - estas autoridades - que não quiseram ou souberam resolver estas situações de sua competência, para evitar que fosse gerada violência.

Aliada a todas estas situações, o maior e grave empecilho para o desenvolvimento da educação é o baixo nível de escolaridade formal dos adolescentes o que dificulta sua profissionalização, apesar de entendermos que se houvesse a efetiva implantação da proposta pedagógica preconizada pelo Estatuto e o desenvolvimento do ensino curricular e profissionalizante, esses adolescentes poderiam sair das Entidades de Atendimento com um ofício e possibilidades de ingressar no mercado de trabalho. Diante da realidade prática e dos mecanismos precários que vem sendo desenvolvido nesses programas, fica claro que estas medidas passam a ser impostas apenas em seu aspecto repressivo e retributivo, como diz Antônio Fernando do Amaral e Silva:

“A inexistência ou a oferta irregular de propostas pedagógicas fazem com que as medidas sócio-educativas resultem impostas apenas no aspecto repressivo e, o que é pior, sem observância do critério da proporcionalidade.” (SILVA, A, [199-], p. 60)

Através de muitas lutas e movimentos sociais conseguimos avançar, pois há mais de vinte anos foi promulgado o Estatuto, que trouxe em seu bojo estas novas propostas de direitos



e garantias para nossa população infanto-juvenil, sendo de suma importância à divulgação deste sistema de direitos e garantias estatutárias, inclusive com a possibilidade de cobrança para as autoridades competentes, para que todos os responsáveis integrem-se em rede e implantem onde é inexistente ou melhorem o atendimento onde existe de forma precária.

A estruturação de programas que reduzam os efeitos negativos da privação de liberdade dos adolescentes a quem for atribuída à autoria de ato infracional é fundamental, pois a efetiva reeducação, ressocialização, reinserção social irão trazer mudanças de comportamento, de paradigmas e sem a realização efetiva destas propostas, com certeza no futuro, teremos a sensação de fracasso, visto que as lutas para sua conquista foram intensas e sua implantação efetiva ainda não foi realizada a contento. Não podemos permitir que a aplicação de medidas sócio-educativas torne-se um meio meramente sancionatório e punitivo e, tampouco, relegar o sistema sócio-educativo como forma de transição para o sistema penal, quando este jovem atinge a maioridade penal.

Apesar destas conquistas alcançadas e de algumas boas experiências em nosso País, ainda precisamos travar muitas batalhas para a verdadeira e efetiva implantação do Estatuto com o desempenho adequado da educação formal e profissionalizante para os adolescentes em cumprimento de medidas sócio-educativas, visto que a garantia da educação é a única solução possível para garantir o desenvolvimento desta parcela da população, não mais fechando os olhos e não esquecendo também, que a responsabilidade é de todos.

Conclusões:

Nossa normativa legal pátria garante o direito fundamental à educação a todas as crianças e adolescentes de nosso país, inclusive aos adolescentes a quem foi atribuída à autoria de ato infracional, mas infelizmente em nossa rotina diária observamos que a realidade é outra e que ainda precisamos avançar muito.

Em um país continental como o Brasil e que muito necessita desenvolver-se em todas as áreas, a educação há muito deveria tornar-se prioridade absoluta dos Governos em todos os níveis de atuação, mas a realidade é outra, pois é normal no início de ano, a mídia noticiar as filas enormes que se formam nas escolas públicas de todo o país, com os pais ou responsáveis tendo que pernoitar na porta das escolas, para tentar conseguir vagas para seus filhos, mesmo com os avanços da internet. Verificamos que a cada ano piora o atendimento público escolar com falta de vagas, professores mal pagos, sem reciclagens e conseqüentemente, a piora na qualidade de ensino, levando a maior procura do ensino da iniciativa privada, que não é freqüentada pela maioria esmagadora da empobrecida população brasileira.

Esta indiferença com a educação da criança e do adolescente parece um mal incurável e que a sociedade já se acostumou. A situação de caos social com esta parcela da população torturada, abandonada, violentada, envolvida com atos infracionais é o resultado lógico e conseqüente desta grande indiferença e do descumprimento das leis pelos pais, Estado e Sociedade.

Dentro da esfera do sistema sócio-educativa e de cumprimento de medidas sócio-educativas pelos adolescentes a quem foi atribuída à autoria de ato infracional, a situação também é preocupante, visto que há mais de 20 (vinte) anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não temos implantadas de forma efetiva e eficaz as políticas públicas que garantam a educação como meio de reforçar a cidadania. Devemos lutar para a implementação efetiva destas normas, visto que há necessidade primordial de garantia efetiva do direito à educação e profissionalização destes adolescentes.

A educação tem que ser levada a sério e voltada para o exercício da cidadania plena, pois é a chave que reforça a Democracia e a Justiça Social de um País, constituindo-se como o direito a participar da vida do mundo moderno e de viver com dignidade.

Referências Bibliográficas:

BRASIL, Constituição (1988). Lex: Legislação Federal. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Lex: Legislação Federal. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

CURY, M; GARRIDO, P; MARÇURA, J. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CURY, M. et al (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 3ª Edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FIRMO, Maria de Fátima. A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

ISHIDA, Valter. Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

LIBERATI, Wilson. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

_____. (Coord). Direito à Educação: Uma Questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

LIMA, Maria Cristina. A Educação como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

SILVA, Antônio Fernando. O Controle Judicial da Execução das Medidas Sócio-educativas. Políticas Públicas e estratégias de atendimento sócio-educativo ao adolescente em conflito com a lei. Série Subsídios. Tomo II. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos e Departamento da Criança e do Adolescente. [S.l.: s.n.], [199-].

VERONESE, Josiane. Interesses Difusos e direitos da Criança e do Adolescente. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.



3.6 IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INTERNAÇÃO PREVISTA NO ART. 122, III, DO ECA, NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA EM SEDE DE REMISSÃO

GIULIANO D'ANDREA¹

Introdução

Já se passaram 20 anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente e o estudo do instituto da remissão continua tormentoso. Isso porque, além de ainda haver divergência sobre sua natureza jurídica, a remissão é concedida quase sempre acompanhada de medida socioeducativa e no condão de ou evitar a instrução processual ou agilizá-la.

Parte-se da falsa premissa de que a medida socioeducativa é sempre benéfica ao adolescente e quanto mais rapidamente aplicada, maior a probabilidade de surtir o efeito esperado. A preocupação com a rápida solução do litígio torna-se mais relevante que a situação do adolescente, que, precocemente, assume a responsabilidade de cumprir medida socioeducativa.

Normalmente isso se dá sem a existência de avaliação psicossocial, de verificação da adequação da medida e da capacidade de o adolescente cumpri-la na forma proposta. Essa falta de critérios pode redundar no descumprimento da medida socioeducativa aplicada. E, só a partir daí, desperta-se para o fato de que o adolescente é o centro da atenção. O processo de execução transforma-se em verdadeiro processo de conhecimento e o fato que ensejou a remissão e a medida socioeducativa, muitas vezes de pequena repercussão, cai no esquecimento. Busca-se, agora, a todo custo, que o adolescente cumpra adequadamente a medida, mesmo que para isso, lance-se mão de internação, como sanção.

Quem atua na área da infância e da juventude infracional sabe que isso ocorre diuturnamente.

O propósito do presente trabalho é analisar tão-somente a vedação da imposição de internação no caso de descumprimento de medida socioeducativa aplicada cumulativamente com a remissão.

1. Medida socioeducativa e remissão. Natureza jurídica

Para que se possa delinear qual a natureza jurídica de um instituto é preciso, antes, compreender o que se entende por ela. Natureza jurídica nada mais é que a classe, o grupo ao qual pertence um instituto dentro do direito. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, “quando se perquire a natureza jurídica de um instituto, o que se pretende é fixar em que categoria jurídica o mesmo se integra, ou seja, de que gênero aquele instituto é espécie”². Difere de conceito, que é a ideia ou noção que se concebe sobre algo; e definição que é a explicação do significado de alguma coisa.

A natureza jurídica de um instituto dentro de um mesmo sistema só pode ser uma, já que é espécie de um gênero. Daí a crítica que já fazemos àqueles que classificam a remissão pura e simples como perdão e a remissão combinada com medida socioeducativa como transação.

Para nós, a remissão, em qualquer das espécies, é o perdão. Vemos a remissão combinada com medida socioeducativa como uma anomalia, já que implica na aplicação de medida sem o devido processo legal. Não pode ser vista como transação, suspensão condicional do processo, nem mesmo como mitigação das consequências do ato infracional³.

Quanto à medida socioeducativa, é certo que ela não é pena (conclusão que se extrai dos arts. 26 e 27, do Código Penal). Alguns argumentam que a natureza jurídica da medida socioeducativa é híbrida, complexa. Nesse sentido, Cleber Augusto Tonial: “filio-me, como não po-

deria deixar de ser, àqueles que a veem como uma sanção, ainda que reconhecendo nelas uma natureza jurídica complexa: são sanções mas são, sobretudo, instrumentos pedagógicos⁴”.

Para nós, a medida socioeducativa é um gênero em si e suas espécies são a internação, a semiliberdade, a liberdade assistida, a reparação do dano e a advertência. Seu caráter é, ou deveria ser, social e educativo. O caráter sancionatório, ao menos teoricamente, deve ser visto no seu aspecto meramente pedagógico, jamais retributivo.

2. Impossibilidade de aplicação da internação prevista no art. 122, III, do ECA, no caso de descumprimento de medida socioeducativa aplicada em sede de remissão

Temos nos pautado, desde há muito, pela ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação da remissão combinada com medida socioeducativa⁵, malgrado existência de decisões em outro sentido (v.g. STF – RE 229382/SP). Isso porque, além de a medida ser aplicada em procedimento em que a ampla defesa e o contraditório são mitigados (ou simplesmente inexistentes!), o seu descumprimento acarreta, a rigor, a retomada do curso do processo e pode redundar na imposição de nova medida socioeducativa, caracterizando bis in idem.

Sem prejuízo do nosso entendimento, certo é que qualquer medida aplicada ao adolescente após a remissão não pode ter como consequência a restrição de sua liberdade.

Quanto à possibilidade de remissão há de se consignar que, em qualquer de suas modalidades, a concessão não implica, necessariamente, no reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeitos de antecedentes (art. 127, primeira parte, do ECA). Assim, por óbvio, a remissão não poderá ser considerada para fins de futura imposição da medida de internação, com base na reiteração do cometimento de outras infrações graves.

Por conseguinte, analisando atentamente preceitos do ECA, vê-se que o próprio Estatuto repele, a princípio, a possibilidade de concessão de remissão combinada com medida socioeducativa, quando exige, no artigo 114, que a imposição das medidas previstas nos incisos II a VI (obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional) depende da existência de provas suficientes da materialidade e autoria do ato infracional.

Por outro lado, o mesmo estatuto admite que a remissão poderá, excepcionalmente, vir acompanhada de medida socioeducativa, com absoluta restrição àquelas de colocação em regime de semiliberdade e de internação. Essas últimas, de caráter repressivo, atingem o direito de ir e vir do adolescente, pelo que o legislador dispôs que somente são aplicáveis mediante procedimento mais amplo, com efetiva demonstração da prática do ato infracional pelo adolescente e da verificação de necessidade imperiosa da imposição de uma medida mais gravosa (art. 121, do Estatuto). Além disso, deve ser conferida ao adolescente, nesses casos, a defesa técnica, bem como não pode ser prescindido, nem mitigado, o exercício do contraditório e ampla defesa.

A concessão da remissão no curso do processo importa na suspensão ou extinção do processo (art. 126, parágrafo único, do ECA). A extinção tem vez quando a remissão é aplicada de formas pura e simples com combinada com medida de imediato exaurimento (advertência ou, em alguns casos, a reparação de dano); a suspensão se dá quando há, concomitante à remissão, a aplicação de medida socioeducativa a ser cumprida em determinado prazo.

Ora, o descumprimento de medida socioeducativa aplicada em sede de remissão enseja, em tese, a retomada do curso do processo, o que não pode ocorrer, por óbvio, nos casos de exclusão ou extinção do processo. É dizer que, nesses casos, uma vez descumprida a medida aplicada, não se pode promover a revisão da medida (art. 128, do ECA), e, muito menos, aplicar-se sanção ao adolescente.

Nesse sentido, ministra-nos Guilherme Madeira Dezem:



“De outra parte, a remissão judicial como forma de extinção do processo (e a remissão como forma de exclusão do processo, antes de ser iniciado) perde a sua força coativa. Descumprida, não há qualquer forma de compelir o adolescente à obediência legal, sendo, pois, uma obrigação natural”. Cabe salientar que mesmo a internação-sanção resta absolutamente proibida quando a medida socioeducativa em meio aberto houver sido aplicada em remissão (como forma de exclusão ou extinção do processo), pois dela não pode decorrer medida privativa de liberdade (art. 127), nem mesmo meio de regressão (art. 122, III), sob pena de se admitir uma forma indireta de privação de liberdade sem o devido processo legal (art. 110)6.”

Porém, ainda que se admita a revisão da medida, deve-se atentar para o fato de que na remissão como forma de extinção ou suspensão processual, a medida que vier a ser imposta jamais poderá ser privativa de liberdade e somente poderá ser substituída, nos casos admitidos, por outra não privativa de liberdade, observando preceitos óbvios.

Assim, é evidente que se por um lado a remissão foi concedida em caráter extintivo, torna-se impensável sua conversão em medida restritiva de liberdade. Por outro lado, inobstante o disposto no art. 128, do Estatuto, a remissão não poderá resultar privação de liberdade, que reclama ampla dilação probatória (art. 127, parte final, do ECA).

Do contrário, mesmo que no curso do processo de execução seja observado, de forma perfunctória, o direito de defesa em sentido amplo (oitiva do adolescente e justificativa de descumprimento reiterado) a aplicação de medida privativa de liberdade implicará na subtração do contraditório, ampla defesa, despojando-se, inclusive, a fase instrutória do processo e a possibilidade de colheita de provas.

Essa prática se faz incompatível com o sistema normativo vigente. Nem mesmo o procedimentos previstos na Lei 9.099/95 mitigam em tal grau o contraditório e ampla defesa (e a remissão prevista no ECA na forma como é concedida atualmente, diga-se, assemelha-se à suspensão condicional do processo). O tratamento dado ao adolescente não pode ser prejudicial àquele dado ao adulto.

Conclui-se que a remissão, como perdão que é, não comporta aplicação de medida socioeducativa de internação. Nos casos de remissão concedida como forma de exclusão ou extinção do processo, a única medida aceitável ao caso a de advertência, por descumprimento. As demais medidas cabíveis na execução só poderiam ser aplicadas se atreladas à remissão como suspensão do processo.

Nesse sentido:

“ECA. Regime de internação imposto por descumprimento de medida sócio-educativa anterior nos termos do inc. II do art. 122 do ECA e que fora imposta à concessão de remissão. Circunstância por si que não autorizaria a aplicação da internação sanção. Ilegalidade existente. Ordem concedida. (TJSP - HC 50.003.0/5-00, rel. Alvaro Lazzarini – Cam. Esp.).

“Trata-se de internação sanção imposta em virtude de descumprimento pela paciente de medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada quando da homologação pelo juízo da remissão concedida pelo Ministério Público. E é entendimento deste relator da impossibilidade de aplacação de qualquer pedida socioeducativa sem a existência do devido processo legal, no caso de procedimento de apuração de ato infracional. Ora, a própria liberdade assistida imposta de forma inadequada já consistiria constrangimento ilegal à paciente. Destarte, com maior razão a ilegalidade da conversão da liberdade assistida em internação sanção.” (TJSP - HC – 48.273/06 TJSP – Cam. Esp. – Relator Cunha Bueno).



Notas

- 1 Defensor Público do Estado de São Paulo – gdandrea@defensoria.sp.gov.br
- 2 In Instituições de Direito Processual Civil. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 142.
- 3 Nagir David Milano Filho e Rodrigo Cesar Milano sustentam que a remissão é dotada de duplo significado; perdão puro e simples ou mitigação das consequências do ato infracional. Cf., dos autores, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Leud, 1996. p. 152.
- 4 In Revista Juris Plenum Ouro nº. 14, julho de 2010.
- 5 D'ANDREA, Giuliano. Noções de direito da criança e do adolescente. Florianópolis, OAB/SC, 2005. pp. 103-107.
- 6 DEZEM; M. Guilherme; AGUIRRE, R. B. João; FULLER, H.A Paulo; Elementos do Direito; V.14, São Paulo: RT, 2009. p. 103.

Bibliografia

- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. CÂMARA, Alexandre Freitas. Instituições de Direito Processual Civil. V. 1. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- D'ANDREA, Giuliano. Noções de Direito da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005.
- DEZEM; M. Guilherme; AGUIRRE, R. B. João; FULLER, H.A Paulo; Elementos do Direito; V.14, São Paulo: RT, 2009.
- MILANO FILHO, Nagir David; MILANO, Rodrigo Cesar. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Leud, 1996.