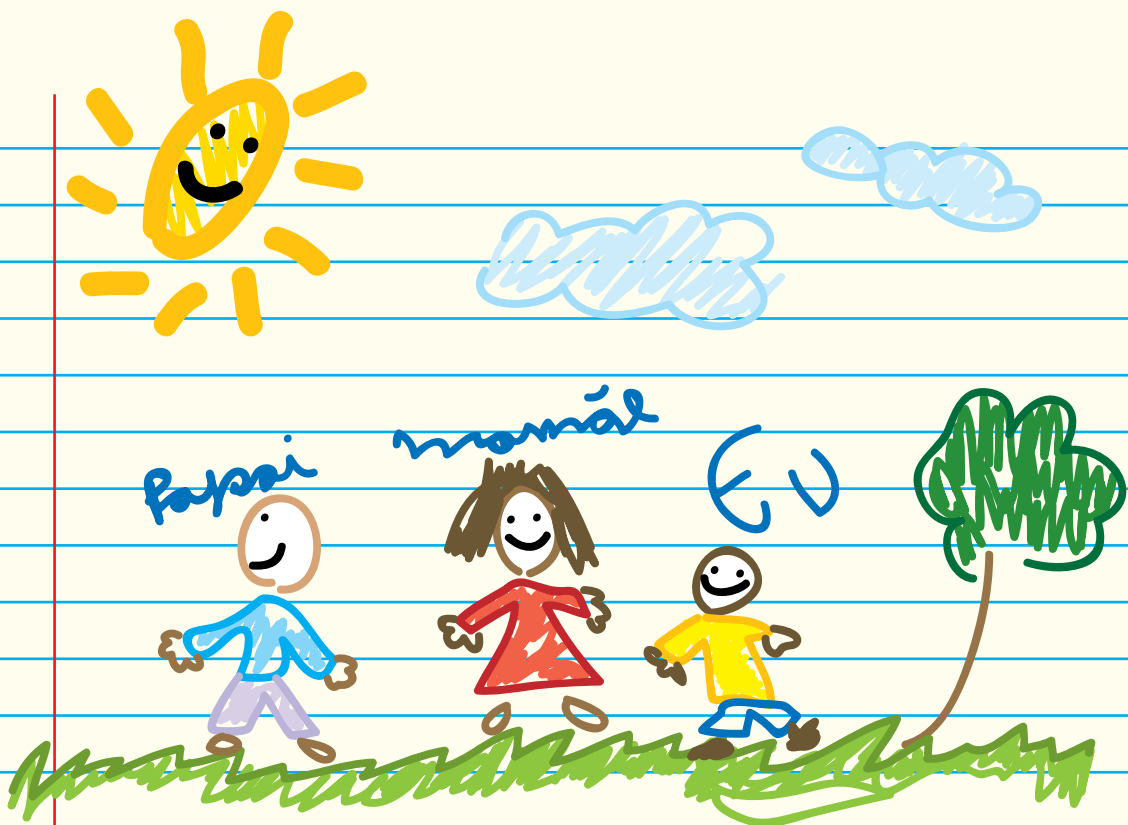




Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude

VOL. I :: 3ª edição - revisto e atualizado

Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude

VOL. I :: 3ª edição - revisto e atualizado

Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude

ISBN 978-85-62615-00-9

Elaboração

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com Coordenação-Geral da Promotora de Justiça Priscilla Linhares Albino e elaboração técnica da servidora Mayra Silveira, sob a supervisão da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e apoio da Procuradoria-Geral de Justiça.

Projeto gráfico e editoração

Coordenadoria de Comunicação Social
(48) 3229.9011 | comso@mp.sc.gov.br



Revisão gramatical

Lucia Anilda Miguel
Tatiana Wippel Raimundo

Impressão

Gráfica Alpha Print
2013

Tiragem

700 exemplares

S222

Santa Catarina. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude.

Manual do promotor de justiça da infância e da juventude / coordenado por Priscilla Linhares Albino.
- 3. ed. - Florianópolis : MPSC, 2013.
v. 1 – (Suporte Técnico-Jurídico)

Parte geral.

1. Promotor Público - manual. 2. Direitos do Menor – manual. I. Albino, Priscilla Albino. II. Título.

CDD : 342.1642

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint CRB 14/384

SUMÁRIO

1 Apresentação.....	7
2 O novo direito da criança e do adolescente.....	11
2.1 Os caminhos da infância – A história social da criança e do adolescente.....	12
2.2 Breve olhar na história jurídica e social da criança e do adolescente no Brasil	17
2.3 A evolução da legislação: a proteção jurídica da criança e do adolescente.....	19
2.4 A doutrina da proteção integral e seus princípios	26
2.4.1 Princípio da prioridade absoluta	28
2.4.2 Princípio do melhor interesse.....	30
2.4.3 Princípio da municipalização	32
2.5 A nova linguagem jurídica	33
3 As primeiras atribuições do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude.....	49
4 O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos individuais da criança e do adolescente.....	52
4.1 Considerações iniciais	54
4.2 Os procedimentos de cunho familiar	55
4.2.1 Ação de investigação de paternidade	61
4.2.2 Procedimento de destituição e suspensão do poder familiar.....	63
4.2.3 Para a nomeação e a remoção de tutor	68
4.2.4 Para a especificação da hipoteca legal.....	72
4.2.5 Para a prestação de constas do tutor e do curador	74

4.2.6 Para a ação de alimentos em favor da criança ou do adolescente	75
4.2.7 Ação de Execução de alimentos.....	77
4.3 O procedimento para apuração de irregularidades em entidades de atendimento	79
4.4 A ação de responsabilização em razão de infração administrativa.....	84
4.4.1 As infrações administrativas contra as normas protetivas	85
4.4.2 As infrações administrativas em espécie.....	87
4.4.3 O procedimento de apuração de infração administrativa	98
4.4.4 A execução das multas cominatórias	100
4.5 A ação penal diante dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	100
4.5.1 Crimes contra a criança e o adolescente – Lei nº 8.069/1990.....	105
4.5.2 Crimes contra a criança e o adolescente – Código Penal	123
4.6 Os remédios constitucionais.....	133
4.6.1 Mandado de Segurança.....	134
4.6.2 Mandado de Injunção.....	136
4.6.3 Habeas Corpus	139
5 O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos coletivos e difusos	141
5.1 Os direitos transindividuais.....	142
5.2 A Ação Civil Pública.....	147
5.2.1 Legitimidade para propositura.....	148
5.2.2 O Inquérito Civil	151
5.2.3 O termo de ajustamento de conduta	154
5.2.4 O processamento da Ação Civil Pública.....	156
5.2.5 Execução da sentença e do termo não cumprido	157
5.3 O direito à vida.....	158
5.4 O direito à saúde	162
5.4.1 O nascituro e a gestante	164
5.4.2 O aleitamento materno.....	166
5.4.3 Os estabelecimentos médicos de atendimento à parturiente	167
5.4.4 A saúde da criança e do adolescente.....	170
5.4.5 O sistema preventivo e as campanhas de vacinação.	175
5.5 O direito à liberdade.....	175
5.5.1 O direito de ir e vir.....	177
5.5.2 O toque de recolher.....	178
5.5.3 A autorização para viajar.....	179
5.5.4 O direito à opinião e à expressão.....	180
5.5.5 O direito à crença e religião.....	181
5.6 O direito ao respeito e à dignidade	182
5.7 O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer.....	184
5.7.1 O direito à igualdade.....	186

5.7.2 As condições de acesso e a permanência.....	188
5.7.3 O ensino básico.....	196
5.7.4 A educação tecnológica e profissionalizante	202
5.7.5 O ensino noturno ao adolescente trabalhador.....	203
5.7.6 O processo educacional.....	205
5.7.7 O direito à cultura, ao esporte e ao lazer	207
5.8 O direito à profissionalização.....	211
5.9 Ação de Inconstitucionalidade.....	214
6 O Promotor de Justiça como fiscal da lei	216
6.1 Peculiaridades da atuação na qualidade de custos legis.....	216
6.2 As previsões estatutárias.....	222
6.2.1 Nos procedimentos de cunho familiar.....	222
6.2.2 Nas medidas socioeducativas	222
6.2.3 No afastamento provisório do dirigente de entidade de atendimento	223
6.2.4 Nos procedimentos não disciplinados pela Lei nº 8.069	223
6.2.5 Nas infrações administrativas.....	223
6.2.6 Na apuração de irregularidade em entidade de atendimento	224
7 O Promotor de Justiça e os procedimentos não jurisdicionais.....	225
7.1 As prerrogativas na atuação extrajudicial	226
7.2 Os procedimentos administrativos e as sindicâncias	228
7.3 A fiscalização às entidades de atendimento.....	229
7.4 A fiscalização da aplicação das verbas do Fundo Municipal	233
7.5 A atuação na articulação da rede de garantia.....	234
8 Considerações Finais: a infância e a juventude que desejamos	236
9 Referências	238
10 Anexo.....	245
10.1 Resolução nº 67, de 16 de março de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público.....	246
10.2 Resolução nº 69, de 18 de maio de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público.....	250
10.3 Resolução nº 71, de 15 de junho de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público.....	252
10.4 Resolução nº 131, de 26 de maio de 2011, do Conselho Nacional de Justiça.....	260

1 APRESENTAÇÃO

O trabalho disponibilizado nesta obra teve por objetivo apresentar aos Promotores de Justiça, em especial àqueles com atuação na área da infância e juventude, em um único espaço, um conjunto de instrumentos que possibilite a todos o manejo de ações judiciais e extrajudiciais previstas na legislação, com maior habilidade e rapidez.

A necessidade de uma obra com esse perfil há muito vinha sendo registrada, considerando especialmente que, após a Constituição Federal de 1988 e as Leis posteriores, o papel desempenhado pelo Ministério Público ganhou um novo contorno, ao atender as exigências impostas pelas conquistas sociais.

Na área da Infância e Juventude esse novo papel assume proporções muito maiores e amplia sobremaneira o contato do Promotor de Justiça com a sociedade, o que o torna ator social ativo das políticas públicas e das ações empreendidas em nível municipal.

A Lei nº 8.625/1993 representa um marco na história do Ministério Público. Vínhamos moldando nosso novo perfil institucional, na verdade, desde a década de 70, com o aclave universal daquilo que, hoje, denominamos “direitos de terceira e quarta geração”. Isso fez com que o Ministério Público brasileiro, sem descurar de sua tradicional função de

titular da ação penal, assumisse a linha de frente pela defesa de relevantes interesses sociais, como o meio ambiente, as relações de consumo, a moralidade administrativa, a infância e juventude, entre outros não menos importantes.

E, nesse contexto, a Instituição experimentou significativo avanço com a nova Lei e consagrou, no plano da organicidade institucional, sua adequação ao desenho insculpido na Carta de 1988, ao qual a antiga Lei Complementar nº 40, de 1981, já não mais satisfazia. Destacam-se, por certo, como principais aspectos dessa nova feição do Ministério Público, detalhada na Lei nº 8.625/1993, sua independência em relação aos poderes convencionais do Estado e as matrizes operacionais da autonomia de seus integrantes para o desempenho de suas funções.

Na seara do direito da criança e do adolescente, a Constituição da República de 1988 surge como divisor de águas tanto para as funções do Ministério Público quanto para a concepção da infância e da adolescência no Brasil, essa última pelo art. 227.

Durante longos anos, vigorou no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina do “Direito Penal do Menor” e a “Doutrina da Situação Irregular”. Na primeira, o Estado interessava-se pelo “menor” apenas após a prática de “ato criminoso”; já a segunda, de caráter tutelar, fundamentava-se no binômio “carência x delinquência” e colocava o “menor”, caso sua situação não obedecesse ao padrão estabelecido, em um quadro de patologia social.

A legislação até então em vigor – o primeiro Código de Menores (Código Mello Mattos) instituído pelo Decreto nº 17.943-A/1927, e o segundo Código de Menores, pela Lei nº 6.697/1979 – eximia o Estado da responsabilidade pela aplicação das medidas contidas em seu bojo, imputando à família toda a responsabilidade pela criança e pelo adolescente.

Todavia, o reinado dessas doutrinas foi destituído com a publicação do art. 227 da Constituição Federal, que, de um lado, dividiu as responsabilidades com a criança e o adolescente entre o Estado, a sociedade civil e a família e, de outro, inseriu um novo paradigma – a Doutrina da Proteção Integral.

Essa mudança paradigmática não é meramente terminológica. Pela primeira vez no Brasil, a criança e o adolescente recebem *status* de sujeitos de direito, “tornam-se titulares dos direitos fundamentais, como qualquer

ser humano” (Amin, 2007, p.14).

Surge assim, em 13 de julho de 1990, com a publicação da Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo qual foi reforçada a face pós-constituição do Ministério Público, na medida em que lhe foram conferidas prerrogativas e instrumentos necessários à proteção dos direitos da parcela infantojuvenil da população.

Entretanto, ainda que no campo da positivação de direitos estejamos no patamar desejado, é preciso que as garantias respaldadas na Carta Cidadã e regulamentadas pela Lei nº 8.069/1990 sejam efetivadas. Nas palavras de Amim (2007, p. 15),

No campo formal a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada. O desafio é torná-la real, efetiva, palpável. A tarefa não pe simples. Exige conhecimento aprofundado da nova ordem, sem esquecermos as lições e experiências do passado. Além disso, e principalmente, exige um comprometimento de todos os agentes – Judiciário, Ministério Público, Executivo, técnicos, sociedade civil, família – em querer mudar e adequar o cotidiano infanto-juvenil a um sistema garantista.

Diante desse paradoxo entre a letra da lei e a realidade social da infância e juventude brasileiras, o Ministério Público assume atribuições judiciais e extrajudiciais, sendo-lhe permitido vagar tanto pelas vias dos direitos sociais quanto assumir a defesa dos direitos individuais indisponíveis.

Dessarte, tendo em vista o importante papel do Ministério Público nessa difícil luta pela efetivação das garantias constitucionais e estatutárias, o Manual do Promotor de Justiça - Parte Geral - apresenta-se como uma importante ferramenta, pois, além de introduzir a nova ordem da Doutrina da Proteção Integral, indica os meios de sua defesa.

Por se tratar de uma ferramenta de trabalho, o Manual, nesse primeiro volume, não se prolongará em questões meramente teóricas, mas preferirá indicar ao jurista os dispositivos legais e as principais orientações aplicáveis a cada aspecto do direito da criança e do adolescente.

Outrossim, objetiva-se contemplar todos os modos de articulação dispostos pela Lei nº 8.069/1990, o que facilitará a atuação do Promotor de Justiça e permitirá, por consequência, uma resposta mais célere e adequada por parte de toda a Instituição.

Nesta 3ª edição, o capítulo que tratava sobre o ato infracional foi

suprimido, pois o assunto será abordado, de forma pormenorizada, na segunda parte do volume III do Manual do Promotor de Justiça da Infância e Juventude, já se considerando as alterações promovidas pela Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamentou a execução das medidas socioeducativas.

Da mesma forma, o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente é objeto do volume II do Manual do Promotor de Justiça da Infância e Juventude, motivo pelo qual os temas a ele afetos não são amplamente debatidos neste volume.

Por fim, ainda considerando o público-alvo desta obra, é certo que a qualidade da atuação dos representantes do Ministério Público nas esferas da infância e da juventude repercutirá em toda a Instituição e seus frutos serão colhidos por toda a sociedade.

O Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina entrega, então, aos membros e servidores da Instituição uma ferramenta que, longe de estar terminada, visa a contribuir para o dia-a-dia dos colegas e está aberta a críticas e sugestões.

Procuradoria-Geral de Justiça

2 O NOVO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Promotor de Justiça, mesmo antes de assumir as atribuições da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, deverá dominar certos conceitos que foram introduzidos no universo jurídico a partir da positivação da nova ótica do direito da criança e do adolescente no texto constitucional.

Para tanto, antes de adentrar nos aspectos técnicos da Lei – o que ocorrerá ao longo dos demais Capítulos –, é necessário que seja apresentada uma breve perspectiva histórica e social da criança e do adolescente, seguida pela cronologia dos textos legais redigidos em sua proteção.

O estudo do contexto histórico da concepção da infância e da juventude não se encontra neste Manual a mero título de curiosidade. Na realidade, o estudo da evolução dos conceitos que permeiam o universo da criança e do adolescente, além do lento avançar legislativo, afasta eventuais imprecisões que se possa ter na aplicação da norma.

Apenas aqueles que compreendem a origem, a formação e o desenvolvimento do processo social de construção do direito possuem o estímulo e a força necessários para assumir o papel de porta-voz na defesa desse direito.

Após, ainda neste Capítulo, será pormenorizada a Doutrina da Proteção Integral – a bússola do operador jurídico que atua na área da infância e da juventude –, indicando os importantes princípios dela decorrentes.

Ao final do Capítulo 2, considerando que o uso do idioma é ferramenta indissociável do trabalho do membro do Ministério Público, serão indicados os termos pejorativos que, apesar de muito comuns nas peças processuais e nos materiais jornalísticos, deverão ser eliminados da linguagem jurídica.

2.1 OS CAMINHOS DA INFÂNCIA – A HISTÓRIA SOCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para a compreensão exata da importância desse olhar contemporâneo direcionado à criança e ao adolescente, além do significado das garantias hoje positivadas, é necessário que se conheçam os caminhos tortuosos da história da proteção (ou da desproteção) da infância e da juventude.

A história social da criança revela que, apenas muito recentemente, ela é alvo de preocupação dos adultos. As grandes civilizações a compreendiam, de uma maneira geral, como propriedade do pai, objeto e servo exclusivo de sua vontade.

Durante toda a Grécia Antiga, era explícito o tratamento de inferioridade aplicado aos infantes. Aristóteles (384/322 a.C.) descreveu a criança como um ser irracional, portador de uma avidez próxima da loucura, com capacidade natural para adquirir razão do pai ou do educador (Lima, 2001, p. 11-2).

Nas *polis* gregas, o título de “cidadão” era concedido apenas aos homens adultos. As mulheres, independentemente da idade, deveriam, sob as ordens do chefe da família, ocupar-se apenas das atividades domésticas e do culto ao lar.

Da mesma forma, no Império Romano, o “pátrio poder” era exercido de forma absoluta. O pai, por sua simples vontade, poderia vender ou mesmo matar o filho não emancipado, uma vez que este era propriedade daquele.

Esse exercício soberano e absoluto do pai sobre filhos e esposa

permaneceu por toda a Idade Média. Observa-se, num primeiro momento, no entanto, que a figura da criança e do adolescente não está presente na estrutura social medieval, isso por não haver uma distinção destacada das peculiaridades da criança e do adulto, reservando-lhes a posição de “adultos em miniatura”.

Esse quadro representa a ausência do “sentimento da infância”¹, a qual podia ser observada nos mais variados aspectos sociais. Phillip Ariès (1978, p. 50-1) explica-nos que

[...] a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo.

[...]

No mundo das fórmulas românticas, e até o fim do século XIII, não existem crianças caracterizadas por uma expressão particular, e sim homens de tamanho reduzido. Essa recusa em aceitar na arte a morfologia infantil é encontrada, aliás, na maioria das civilizações arcaicas.

Nesse período, o destino da criança estava traçado conforme sua casta social. Os filhos dos servos dariam continuidade aos serviços já exercidos por seus pais aos mesmos senhores feudais. Os filhos dos senhores, por sua vez, passariam pelo austero sistema religioso e educacional e, em sequência, entrelaçar-se-iam nos votos do matrimônio comercializado pelos pais². Os jovens que não observassem os costumes eram recriminados socialmente e tidos como infiéis cristãos (Veronese e Rodrigues, 2001, p. 13-4).

A Idade Moderna pôs fim ao sistema de produção feudalista e marcou o início do mercantilismo. As mudanças sociais desse período permitiram maior espaço para a infância dentro da sociedade.

Se, durante a Idade Média, apenas o primogênito homem herdava nomes e títulos e as filhas meninas eram destinadas ao convento ou ao casamento comercializado, ao longo da Idade Moderna, a situação dos de-

1 Phillippe Ariès denomina esta capacidade de distinguir essencialmente a criança do adulto, em razão das particularidades infantis, de “sentimento da infância” (Ariès, 1978, p. 156).

2 A prática da alienação de filhos para o casamento, apesar de relatos de épocas tão remotas, ainda é muito observada hodiernamente. Estima-se que quatro milhões de meninas são vendidas todos os anos para fins de prostituição, escravidão doméstica ou casamento forçado (Marcha Mundial pelas Mulheres, 2006).

mais filhos foi, aos poucos, sendo equilibrada. A moral da época impunha aos pais proporcionar a todos os filhos, e não apenas aos mais velhos – e, no fim do Século XVII, até mesmo às meninas –, uma preparação para a vida (Veronese e Rodrigues, 2001, p. 17).

A educação, na medida em que possibilita a prolongação da infância, torna-se importante na vida da criança. Entretanto, até o Século XVII, a escolarização foi monopólio do sexo masculino. Cabiam às meninas apenas os ensinamentos domésticos e, até mesmo as de famílias nobres, eram semianalfabetas (Ariès, 1978, p. 189-90).

Em decorrência, por ser o casamento o destino das meninas, a infância feminina era bastante curta em relação à masculina. Ariès (1978, p. 190) relata o caso de Anne Arnauld, noiva aos seis anos de idade e predestinada a se casar quando completasse doze anos:

Desde os 10 anos de idade essa pequena tinha o espírito tão avançado que governava toda a casa de M^{me} Arnauld, a qual fazia agir assim deliberadamente, para formá-la nos exercícios de uma mãe de família, já que este deveria ser seu futuro.

[...]

Aos treze anos era bastante dona de sua casa para dar uma bofetada em sua primeira camareira, uma moça de 20 anos, porque esta não havia resistido a uma carícia de alguém que lhe fizera.

A Idade Contemporânea, que se instala no fim do Século XVII e segue até os dias atuais, coloca a criança e o adolescente em posição de destaque dentro da sociedade, ocupando, ora a posição de mão-de-obra barata, ora a categoria de público de consumo.

Felizmente, o sistema educacional assume posição destacada na sociedade contemporânea. Todavia, se hoje o processo pedagógico é compreendido como fonte de emancipação do indivíduo, inicialmente, as escolas assemelhavam-se muito mais a um centro de correção de caráter.

A família e a escola retiraram juntas a criança da sociedade dos adultos. A escola confinou uma infância outrora livre num regime disciplinar cada vez mais rigoroso, que nos séculos XVIII e XIX resultou no enclausuramento total no internato. A solicitude da família, da igreja, dos moralistas

e dos administradores privou a criança da liberdade que ela gozava entre os adultos. Infligiu-lhe o chicote, a prisão, em suma, as correções reservadas aos condenados das condições mais baixas (Ariès, 1978, p. 277-8).

Na contramão, a divisão e a organização do trabalho - típicas do sistema capitalista - implicaram novas atribuições à criança e ao adolescente, tornando-os fonte de exploração e consumo (Veronese e Rodrigues, 2001, p. 19).

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra após a segunda metade do Século XVIII, teve como um de seus mais devastadores efeitos a exploração do trabalho operário, em especial o trabalho infantil. Crianças muito novas eram submetidas a condições de trabalho degradantes, em longas jornadas de trabalho.

Ocorriam muitos acidentes nas máquinas devido ao estado de sonolência e ao cansaço dessas crianças. Foram incontáveis os dedos arrancados, os membros esmagados pelas engrenagens (Antoux, 1988, p. 491).

Hoje, ao contrário da Inglaterra pós-Revolução Industrial, existem diversas normas e tratados que vedam o trabalho infantil e regulam o trabalho do adolescente. No entanto, a letra da Lei está longe de ser uma realidade. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que 250 milhões de crianças, entre cinco e quatorze anos, trabalham em todo o mundo, sendo 120 milhões em período integral.

No Brasil, esse quadro internacional se reflete com todos seus cruéis contornos. De acordo com o Ministério da Saúde (2011), estima-se que 9,42% da população brasileira composta por crianças e adolescentes com idade compreendida entre 10 e 15 anos de idade trabalham.

Os danos causados pelo trabalho infantil são latentes, pois, quando não interrompe a vida escolar, atrapalha-a substancialmente, implicando um ciclo vicioso: a criança ou o adolescente abandonam os bancos escolares para poder dedicar-se ao trabalho e, como consequência, não recebem a formação e a instrução esperada e, posteriormente, quando adultos, não se enquadram nos requisitos mínimos exigidos pelo mercado de trabalho, restando-lhes os caminhos da exclusão social e da marginalização.

Não obstante o visível efeito nocivo do trabalho infantil, grande parcela da população parece legitimar tal prática, indo, inclusive, em sua defesa. Walcher (2004) apresenta uma pesquisa realizada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em maio de 2002, onde 97% dos entrevistados demonstraram apoiar o trabalho infantil e, entre os entrevistados pais, 88% acreditam que o trabalho ajuda na educação.

De outro lado, é na Idade Contemporânea, que a infância passa a ser atraente para a elite dominante, haja vista que crianças e adolescentes constituem um importante mercado consumidor. As corporações internacionais estimam que a faixa dos 5 aos 13 anos representa um mercado consumidor de US\$ 85 bilhões anuais (Hoffmann, 2006).

A cadeia de consumo destinada ao público infantojuvenil, com o forte auxílio dos meios de comunicação, condiciona padrões estéticos e comportamentais, determina os relacionamentos familiares e sociais e, principalmente, as relações de consumo – estabelecendo o que se deve vestir, comer e beber.

Os efeitos são ainda mais danosos quando a questão é discutida nas camadas mais pobres da sociedade, posto que há um forte vínculo entre o consumo e violência. Rolim (2002) preceitua:

Alijadas do consumo, mas convencidas de que a posse daquelas bugigangas todas equivale à inclusão social, as crianças das nossas periferias experimentam, radical e precocemente, alguns dos nomes da tristeza. Melancolia, depressão, sentimento de inferioridade estão entre eles.

[...] um olhar mais atento sobre alguns dos fenômenos aparentemente incompreensíveis da violência contemporânea permitiria identificar nessa infelicidade original de tantas crianças o começo de um processo de subjetivação que, em alguns casos pelo menos, será bastante funcional à produção de adolescentes capazes de matar alguém por um tênis da Nike.

Dentro dessa dicotomia “proteção-exploração” estão as crianças e os adolescentes contemporâneos. Sujeitos em fase de formação e desenvolvimento, de um lado protegidos por leis especiais e tratados internacionais, de outro, objetos de exploração da mídia e da exclusão social.

2.2 BREVE OLHAR NA HISTÓRIA JURÍDICA E SOCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

As primeiras crianças alvo dos interesses de uma elite dominante, em solo brasileiro, foram as crianças indígenas. Os padres jesuítas observaram que a educação e a catequização dos pequenos índios era a forma mais eficiente de afastar a cultura indígena e introduzir os costumes cristãos (Veronese e Rodrigues, 2001, p. 19-20).

Essa imagem cristã investida nos pequenos e jovens índios, na verdade tencionava alcançar duas finalidades:

- 1) servir como instrumento repressivo à sua cultura;
- 2) justificar as práticas culturais estranhas ao universo europeu.

As pregações cristãs eram obrigatórias, ainda que quase sempre não compreendidas pelos índios, sob pena de rigorosos castigos. Priore *apud* Veronese e Rodrigues (2001, p. 21) relata que

[...] aqueles que se negavam a participar do processo doutrinário sofriam corretivos e castigos físicos. O ‘tronco’ funcionava como um aide-mémoire para os que quisessem falta à escola e as ‘palmatórias’ eram comumente distribuídas ‘porque sem castigo não se fará vida sentenciava o padre Luiz de Grã em 1553. As punições se faziam presentes a despeito de reação dos índios que a estas, preferiam ir embora: ‘a nenhuma coisa sentem mais do que bater ou falar alto’. [...] Qualquer resistência física e cultural aparecia sempre aos olhos dos jesuítas como tentação demoníaca, como assombração ou visão terrível.

O Brasil-Colônia utilizava largamente a mão-de-obra escrava no desenvolvimento de praticamente todas as suas atividades econômicas. A posição de escravo, ocupada primeiramente pelo índio, foi logo substituída pelo africano, haja vista os elevados lucros que o tráfico negreiro conferia à Metrópole, ao contrário do que ocorria com a escravidão indígena.

Nesse diapasão, é introduzida a criança negra no Brasil, como membro de um ciclo de exploração. Sem direito à infância, quando ultrapassava a primeira idade - fato que era bastante incomum, vez que

lhe era privada a presença da mãe logo após o nascimento - era entregue à tirania dos seus senhores, para quem trabalhavam arduamente, perpetuando o ciclo escravista.

A Lei do Ventre Livre (Lei Visconde do Rio Branco), de 28 de setembro de 1871, declarou serem livres os filhos da mulher escrava que nascessem a partir da data de sua promulgação. O senhor da escrava deveria criar e tratar a criança até os oito anos de idade, quando poderia entregá-la ao governo brasileiro, recebendo uma indenização pecuniária, ou mantê-la sob sua posse, aproveitando-se de seus préstimos até os 21 anos completos.

Primeiramente, vale destacar que, em razão do desinteresse do Império e da consequente falta de fiscalização, a Lei não foi plenamente executada. Ademais, mesmo sendo certa a indenização, não era econômico aos senhores de escravos manter sob sua guarda os filhos de suas escravas, de modo que muitos deles eram mortos ao nascer ou entregues na roda dos expostos³.

Ainda, no contexto social do Brasil-Colônia, constituindo a elite socioeconômica do País, encontravam-se as crianças lusitanas. Essas acompanharam a redefinição dos conceitos sobre a infância, que se deu em razão da mudança de costumes e valores trazidos, primeiramente, com a chegada da família real ao Brasil, e, em seguida, com os imigrantes europeus (Veronese e Rodrigues, 2001, p. 24-5).

O Império teve sua queda, em 1889, com a proclamação da República. Desde então, a infância e a juventude brasileira seguem os caminhos traçados pelas mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais que acompanhamos ao longo dos anos. Entretanto, conforme destaca Veronese (2001, p. 27),

[...] a minoria pobre, com o transcorrer do tempo, passou a ser maioria, e a abrigar uma nova classe: a dos miserá-

3 A roda dos expostos tratava-se de um dispositivo com origem medieval e italiana. Inicialmente utilizada para manter o máximo de isolamento dos monges reclusos, e posteriormente adotada para preservar o anonimato daqueles que depositavam nela bebês enjeitados. A primeira Casa dos Expostos no Brasil foi fundada em 1726, em Salvador, pelo então Vice-rei. Consistia em um cilindro que tinha um de seus lados abertos e girava em torno de um eixo vertical. As mães e pais colocavam o seu filho nesta abertura, giravam e, do outro lado, uma instituição recolhia a criança, preservando assim o sigilo sobre a identidade dos pais. Entre os 13 e os 18 anos os “expostos” (como eram chamadas as crianças colocadas na roda) deveriam receber um salário das famílias que lhes permitisse trabalhar. Os que fossem devolvidos à Casa da Roda por mau comportamento seriam transferidos ou para o Arsenal de Guerra ou para a Escola de Aprendizes de Marinheiros (fundada em 1873) ou para as Oficinas do Estado. As meninas tinham como destino o recolhimento das Órfãs, onde permaneciam até saírem, casadas (Benedito, 2006).

veis. Foi sem dúvida o resultado lastimoso do almejado capitalismo, e da exacerbação desenfreada do consumo.

Ocorre que os maiores alvos desta situação degradante foram os infanto-juvenis, que além de serem vítimas do poder autoritário do pai, que ditava as regras e padrões a serem seguidos, estabelecendo seus limites, passaram a sofrer intervenção do poder estatal. A questão é que se essa interferência, por um lado obrigou o Estado a reconhecer juridicamente como cidadãos as crianças e os adolescentes, prevendo legalmente alguns de seus direitos, desvendou por outro o aspecto explorador da máquina estatal, que em nome de uma falsa harmonia propaga a violência, propiciando sua legitimação.

Assim, mesmo após cinco séculos de história, constata-se que a maior parte da população infantojuvenil brasileira é vítima da exclusão social. De acordo com dados do Índice de Desenvolvimento Brasileiro (IDB), de 2011, divulgados na página eletrônica do Ministério da Saúde, 1,6% das crianças brasileiras não chegam a completar um ano de vida e aquelas que dessa idade ultrapassam, 1,86% não alcançam os 5 anos de idade.

Diante da realidade que nos rodeia, fica claro que a positivação de direitos não foi suficiente para garantir a dignidade desejada às crianças e aos adolescentes, no entanto, representou um primeiro passo em nome da proteção de seus direitos.

2.3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO: A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à legislação de proteção à infância e à juventude, até a Constituição Federal de 1988, não reconhecia a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, mas sim como meros objetos da tutela estatal.

As duas primeiras Constituições brasileiras - a Constituição Imperial de 1824 e a primeira Constituição Republicana de 1891 – foram totalmente omissas quanto à posição e à proteção da criança e do adolescente.

Paradoxalmente, as primeiras leis nacionais a fazerem referência à tutela da criança e do adolescente estão ligadas ao regime escravista brasileiro. José Bonifácio, na Constituinte de 1883, apresentou um projeto visando à proteção da criança escrava, no entanto, não obstante o seu verdadeiro escopo (o de preservação da mão-de-obra), foi vetado pelo Imperador Dom Pedro I (Veronese, 1999, p. 11).

A escrava, durante a prenhez e passado o terceiro mês, não será ocupada em casa, depois do parto terá um mês de convalescença e, passado este, durante o ano, não trabalhará longe da cria.

Em 1860, os movimentos abolicionistas no Senado conseguiram aprovar lei que vedava a venda de escravos que acarretasse separação do filho e seu pai, além do marido da mulher (Veronese, 1999, p. 11). Todavia, é apenas em 1871, com a Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040/1871), que conferia liberdade às crianças nascidas de mãe escrava a partir daquela data, que surge o marco histórico de primeira lei nacional de proteção à infância.

Contudo, se, de um lado, a Lei do Ventre Livre representou esse marco legislativo, seja na proteção do negro - tendo em vista ter sido o estopim do processo que exterminou a escravidão -, seja na proteção da infância, uma vez que, ainda que apenas formalmente, conferia às crianças negras um dos direitos fundamentais que, até então, era-lhe negado: o da liberdade, de outro, suas disposições não restaram concretizadas.

A Lei do Ventre Livre não impunha liberdade imediata aos meninos escravos, haja vista que, além de facultar ao senhor de sua mãe a utilização de sua mão-de-obra até completados 21 anos de idade, a título de indenização, a fiscalização do governo não alcançava os grandes senhores de escravos.

Em 12 de outubro de 1927, é aprovado o primeiro Código de Menores (Decreto nº 17.943-A), também conhecido como Código Mello Matos, em razão do Juiz José Candido Albuquerque Mello Matos, autor do projeto de lei. Por ele, ficou instituída a “Doutrina do Direito Penal do Menor”, cujo foco era a criança e o adolescente “menor abandonado” ou “delinquente”.

O Código Mello Matos refletia a elite moralista de sua época: os

“menores” objeto da Lei encontravam-se à margem do sistema econômico-social e, em consequência, eram alvo de discriminação e condenação moral da mesma forma como ocorria com outros excluídos sociais.

A vadiagem e a falta de coação moral os tornava ‘presas dos maus instintos’, inúteis ao trabalho, à comunhão social e candidatos a tomarem o atalho da perdição e do vício. [...] era desta ‘legião’ que circulava perto da estação da estrada de ferro, na porta dos cinemas e ruas centrais, que emergiam os aventureiros e criminosos, os proscritos e os hóspedes das penitenciárias (Monteiro, 2006).

A partir de 1934, com a promulgação da nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a proteção da criança e do adolescente passou a ter referências constitucionais. O art. 121, § 1º, alínea “d”, da Carta Magna vedava qualquer trabalho ao menor de 14 anos, o trabalho noturno ao menor de 16 anos, e o realizado em indústrias insalubres aos menores de 18 anos de idade.

Da mesma forma, logo em seguida, a Constituição de 1937 confirmou as disposições de sua antecessora e, ainda, de maneira inédita, declarou, no seu art. 127, que crianças e adolescentes eram merecedores de garantias especiais, *in verbis*:

Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Dessa forma, a partir da Carta de 1937, o Estado estava constitucionalmente obrigado a atender e proteger crianças e adolescentes desamparados. Entretanto, muito semelhante ao que hoje observamos, a proteção e o “conforto indispensável à preservação física e moral” não

passaram de letra morta, tendo em vista o triste desenrolar histórico das instituições criadas com a finalidade de atender o art. 127.

O Código Penal de 1940, aprovado pelo Decreto-Lei nº 2.848 e que permanece até hoje em vigor, de maneira inédita no Brasil, fixou a impunitabilidade penal em dezoito anos de idade, permanecendo essa idade até os dias atuais, fixada, inclusive, como cláusula constitucional, não obstante os constantes e intensos movimentos populares em defesa de sua redução para, até mesmo, 14 anos de idade.

Já, na década de 60, por meio da Lei nº 4.513/1964, foi instituída a Funabem (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor), na esfera nacional, e, mais tarde, as Febems (Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor), nos âmbitos estaduais.

A história dessas duas Instituições demonstrou que ambas se valiam, quase que exclusivamente, à reclusão de adolescentes autores de ato infracional, sujeitando-os a tratamento por vezes muito pior ao dado aos adultos presos em instituições carcerárias. Nas palavras de Junqueira *apud* Veronese (1999, p. 33),

[...] para proteger a Segurança Nacional muitas vidas foram prejudicadas e, na realidade, os controlados deste País não participaram de nenhum projeto que resultou no Brasil de hoje, com seus desempregados, com seu salário-mínimo, com sua falta de escola, com sua falta de assistência à saúde, com suas dívidas, quer externa como interna. Para garantir a Segurança Nacional, acredito que outras pessoas deveriam ter sido institucionalizadas, não nossas crianças, filhos da pobreza.

No entanto, esses dois instrumentos de controle social não foram eficientes, haja vista o crescente número de crianças marginalizadas e a incapacidade de proporcionar qualquer espécie de reeducação. A metodologia aplicada pelas instituições de educação e reclusão, em vez de socializar a criança e o adolescente, massificava-os e, dessa forma, em vez de criar estruturas sólidas nos planos psicológico, biológico e social, afastava esse chamado “menor em situação irregular” definitivamente da vida comunitária (Veronese, 1997, p. 96).

Apenas em 1990, com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, é que esse sistema de “abrigo de menores” foi tacitamente

revogado. Todavia, as Febems permaneceram em pleno funcionamento, em alguns Estados, por muitos anos, envoltas nas mais diversas irregularidades.

Em uma entrevista à revista eletrônica Carta Maior a respeito dos 30 anos de instituição da Febem de São Paulo, Roberto da Silva, ex-interno da Febem e, hoje, Professor Doutor da Faculdade de Educação da USP, expôs:

[...] a Febem não tem nada a comemorar, e a única solução é a sua extinção.

[...]

De fato, quase 50% dos primeiros filhos da ‘geração Febem’ viraram criminosos ou ajudaram a engrossar o número de presos do sistema carcerário. O destino de Roberto, hoje doutor, é exceção comparado à trajetória de seus colegas.

Durante 1997, ele levantou os casos de meninos internados na Febem de São Paulo, órfãos ou abandonados, que lá permaneceram por, pelo menos, dez anos consecutivos. Os internos não deveriam ter qualquer antecedente de atos infracionais e deveriam ter iniciado seu período de internação na primeira infância. Encontrou 370 meninos com os requisitos em mais de dez mil casos analisados. Do total desta amostra, 35,9% (135) transformaram-se em ‘delinquentes’ na vida adulta (Salvo, 2003).

A situação da infância e da juventude no Brasil, assim como de toda a sociedade brasileira, não foi em nada melhorada com o golpe militar de 1964. A Constituição da República Federativa outorgada em 1967 não trouxe qualquer colaboração para a proteção de crianças e adolescentes.

Após décadas sem qualquer avanço legislativo, em 1973, o Brasil participa, na qualidade de país-membro, da Convenção Internacional do Trabalho nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que propôs um tratado internacional visando à “efetiva abolição do trabalho infantil e elevação progressiva da idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do adolescente”.

No entanto, em 1979, ainda no contexto de Estado não-democrático, é aprovado, por meio da Lei nº 6.697, o segundo Código de

Menores. A nova Lei, ao mesmo tempo em que revogou a doutrina do “Direito Penal do Menor”, instituiu a Doutrina do “Menor em Situação Irregular”, tutelando àqueles cuja descrição fosse contemplada por um dos incisos do seu art. 2º:

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.

Não obstante represente certo avanço legislativo, por partir da premissa de que todas as crianças e todos os adolescentes encontravam-se em idêntica situação econômico-social, o Código de Menores não foi capaz de proporcionar qualquer proteção. Nas palavras de Liberati (1993, p. 13),

[...] o Código revogado não passava de um Código Penal do ‘Menor’, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que na realidade, eram seres privados de seus direitos.

Todavia, felizmente, o Código de 1979 não vigorou por muito tempo, havia vista que a redemocratização do País e a promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil suprimiram a Doutrina da Situação Irregular e introduziram a Doutrina da Proteção Integral, afirmada no art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)⁴

Passados dois anos da constituinte, o legislador, motivado pela necessidade de criar instrumentos à nova Carta Política, promulgou a inovadora Lei nº 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto, publicado em 13 de julho de 1990, trouxe consigo uma inédita compreensão a respeito de crianças e adolescentes, concebendo-os como sujeitos de direito e atribuindo-lhes direitos específicos para lhes assegurar o desenvolvimento, o crescimento e o cumprimento de suas potencialidades.

Dentro dessa nova concepção, o princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente surge como princípio norteador das novas relações estabelecidas entre o Estado, a sociedade civil, a família e a criança e o adolescente, conforme veremos na sequência.

4 É oportuno destacar que a redação original do caput do art. 227 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 65/2010, que incluiu a categoria “jovem”, estendendo-lhes a proteção integral e a primazia absoluta do atendimento e da proteção dos seus direitos. Até o presente momento, o legislador não definiu qual a faixa etária está classificada como jovem, contudo, pelo Projeto de Lei nº 2.529/04, que propõe o Estatuto da Juventude, em seu art. 1º, define jovem como toda a pessoa com idade entre 15 e 29 anos. Inúmeras críticas podem ser feitas com relação à Emenda Constitucional nº 65, a começar pela sua legitimidade. A prioridade absoluta não foi reconhecida às crianças e aos adolescentes de graça, mas apenas após muita reivindicação dos movimentos sociais, situação que não se observou na ocasião da sua ampliação aos jovens. Da mesma forma, as garantias do art. 227 se justificam às crianças e aos adolescentes por estes serem sujeitos em pleno desenvolvimento, o que não é característica dos jovens. Por fim, é importante ressaltar que o inchaço do art. 227 parece não condizer com os próprios termos do dispositivo, posto que, ao definir uma categoria como prioridade do Estado e da sociedade, a inclusão de outras categorias perderiam o sentido do termo prioridade, pois não pode ser “tudo” e “todos” prioridade (Silveira, 2011, p. 77).

2.4 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E SEUS PRINCÍPIOS

A Doutrina da Proteção Integral tem suas raízes no direito internacional, tendo sido registrada, pela primeira vez, em 20 de novembro 1959, na Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, formulada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Transcorridas exatas três décadas, em 20 de novembro de 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança - ratificada pelo Brasil, em 22 de novembro de 1990, por meio do Decreto nº 99.710 – reforçou a necessidade de proteger a criança e o adolescente de maneira integral.

No ordenamento jurídico nacional, a Doutrina da Proteção Integral surgiu com *status* constitucional, tendo sua redação ficado a cargo do art. 227, o qual assegurou à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos “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”⁵.

No campo infraconstitucional, competiu à Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por menção expressa em seu art. 1º, disciplinar a “proteção integral à criança e ao adolescente”, qual, nos moldes do seu art. 3º, compreende a proteção ao “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social” da criança e do adolescente.

Muitas são as mudanças introduzidas pela doutrina protetiva, no entanto, três dessas alterações podem ser citadas como o pilar da nova doutrina, quais sejam:

- A criança e o adolescente deixam a categoria de objeto de tutela estatal e passam a sujeitos de direitos, sendo-lhes conferidas todas as garantias fundamentais a essa condição (art. 3º, ECA);

- A criança e o adolescente tornam-se prioridades absolutas, tendo seus reflexos indicados no art. 4º do Estatuto, a saber: “a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a prefe-

⁵ Vale destacar que, com a publicação da Emenda Constitucional nº 65/2010, o jovem passou a ser beneficiado pela primazia da proteção integral e da prioridade absoluta.

rência na formulação e na execução das políticas sociais; a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”;

- A criança e o adolescente são reconhecidamente pessoas em desenvolvimento, devendo a família, a sociedade e o Estado respeitarem essa condição (art. 6º, ECA).

Do confronto entre as Doutrinas da Proteção Integral e da Situação Irregular, Amin *apud* Brancher (2007, p. 15) apresenta-nos um interessante quadro comparativo, o qual se encontra a seguir transcrito:

Aspecto	Situação Anterior	Situação Atual
Doutrinário	Situação Irregular	Proteção Integral
Caráter	Filantrópico	Política Pública
Fundamento	Assistencialista	Direito Subjetivo
Centralidade Local	Judiciário	Município
Competência Executória	União e Estados	Município
Decisório	Centralizador	Participativo
Institucional	Estatal	Co-Gestão Sociedade Civil
Organização	Piramidal Hierárquica	Rede
Gestão	Monocrática	Democrática

Diante de tantas mudanças, surgiram diversos princípios que hoje norteiam esse novo direito da criança e do adolescente. O número e a denominação desses princípios não são questões unânimes na literatura jurídica. Alguns doutrinadores indicam diversos princípios norteadores da Doutrina da Proteção Integral, de modo que Nogueira (1991, p. 15), por exemplo, chega a apresentar quatorze deles em sua obra⁶, todavia acreditamos que muitos dos que estão ali indicados, na verdade, são derivados uns dos outros.

6 Nogueira (1991, p. 15) apresenta a seguinte divisão: 1) princípio da prevenção geral; 2) princípio da prevenção especial; 3) princípio do atendimento integral; 4) princípio da garantia prioritária; 5) princípio da proteção estatal; 6) princípio da prevalência dos interesses do “menor”; 7) princípio da indisponibilidade dos direitos do “menor”; 8) princípio da escolarização fundamental e profissionalização; 9) princípio da reeducação e reintegração do “menor”; 10) princípio da sigilosidade; 11) princípio da respeitabilidade; 12) princípio da gratuidade; 13) princípio do contraditório; e 14) princípio do compromisso.

Dessa forma, considerando principalmente os focos de atuação do Ministério Público, preferimos nos concentrar em três princípios, cujo domínio é essencial no dia-a-dia do Promotor de Justiça: o da prioridade absoluta, o do melhor interesse e o da municipalização.

2.4.1 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O verbete “prioridade” é definido pelo dicionário Aurélio (1997) como “qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia”.

O mesmo Dicionário define o verbete “absoluto” como aquele que “não depende de outrem ou de uma coisa; independente; não sujeito a condições; incondicional, superior a todos os outros; único; seguro, firme” (Aurélio, 1997).

A melhor definição do princípio da absoluta prioridade ao direito da criança e do adolescente é aquela que decorre da interpretação literal da soma de seus vocábulos, ou seja, a primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à infância e à adolescência.

A prioridade se faz necessária porque a criança e o adolescente são seres ainda em desenvolvimento e, considerando a fragilidade natural decorrente dessa condição peculiar, carecem de proteção especializada, diferenciada e integral.

Liberati (1991, p. 45) define o princípio com precisão:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...].

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam 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.

No campo legislativo, o princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente é disciplinado na própria Carta Constitucional, no art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

No aspecto infraconstitucional, o princípio encontra disciplina no art. 4º da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

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

[...]

Não obstante os dispositivos acima transcritos serem auto-explicativos, quase que gramaticais, o legislador estatutário ainda traçou, no art. 6º, rumos hermenêuticos para o intérprete, motivo pelo qual não cabe discussão acerca da importância da primazia do interesse da criança e do adolescente, *in verbis*:

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

Mais recentemente, a Lei nº 12.010/2009, que trouxe várias modificações ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, estendeu o princípio da prioridade absoluta à prestação jurisdicional do Estado.

A nova Lei incluiu um parágrafo único ao art. 152, onde assegurou,

sob pena de responsabilidade, a prioridade absoluta na tramitação⁷ dos processos e procedimentos previstos pelo diploma estatutário, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.

Outrossim, recordamos que, apesar de a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) impor prioridade absoluta ao atendimento dos direitos do idoso (art. 3º), se, na situação concreta, o jurista deparar-se com o conflito entre os interesses do idoso e os da criança ou do adolescente, serão estes últimos privilegiados, haja vista que ao idoso é conferida a prioridade infraconstitucional, já, quanto à criança e ao adolescente, tal previsão faz parte do texto constitucional.

2.4.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Se o princípio da prioridade absoluta impõe o atendimento prioritário aos direitos da criança e do adolescente, o princípio do melhor interesse desponta como um princípio hermenêutico, orientando tanto o jurista quanto o legislador, a optar pela decisão que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente.

A origem desse princípio encontra-se intimamente ligada ao instituto do *parens patrie*, instituto utilizado na Inglaterra do Século XIV, pelo qual era conferida ao rei a prerrogativa de proteção das pessoas incapazes (Pereira, 2000, p. 1).

Pereira aponta dois julgados do Direito Inglês do ano de 1763 - os casos “Rex versus Delaval” e “Blissets”, ambos apreciados pelo Juiz Lord Mansfiel - como primeiros precedentes da primazia do interesse da criança, nos quais o magistrado utilizou-se de uma medida semelhante à ação de busca e apreensão brasileira, adotando posicionamento que entendia ser mais adequado para a criança (Pereira, 2000, p. 2).

Nos Estados Unidos, em 1813, no caso “Commonwealth versus

⁷ A garantia da prioridade de tramitação processual já era assegurada aos idosos, com idade superior a 65 anos, e aos doentes graves. A Lei nº 10.173/2001, ao acrescentar o art. 1.211-A do Código de Processo Civil, estabeleceu o benefício da prioridade na tramitação processual a todos os idosos, com idade igual ou superior a 65 anos, que figurem como parte ou interveniente nos procedimentos judiciais, abrangendo a intervenção de terceiros na forma de assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide ou chamamento ao processo. A Lei nº 12.008/2009, por sua vez, alterou a redação do art. 1.211-A, estendendo o benefício aos portadores de doenças graves.

Addicks”, em uma ação de divórcio impetrada em razão de adultério da mulher, a corte, contrariando a lei costumeira, concedeu a guarda do filho à mãe, entendendo que a sua conduta com relação ao marido não poderia ser estendida ao filho, decidindo, assim, conforme o melhor interesse da criança (Pereira, 2000, p. 3).

No campo legislativo, os primeiros documentos instituidores do princípio do melhor interesse possuem alcance internacional. Em 1959, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), ao promulgar a Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, declarou que

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei, por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a **consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança** (segundo princípio).

Nesse mesmo diapasão, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, igualmente aprovada pela Assembléia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, expressou, em seu art. 3º, que

Todas 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 maior interesse da criança.**

Assim, o princípio do melhor interesse pode ser compreendido como um “princípio orientador”, porquando indicar serem a criança e o adolescente os destinatários da Doutrina de Proteção Integral e da prioridade absoluta de direitos.

Vale destacar que os direitos da criança e do adolescente devem ter prioridade, ainda que colidentes com os de sua própria família. Contudo, conforme aponta Amin(2007, 0p.28), é muito comum o equívoco por parte dos profissionais da área da infância:

Infelizmente, nem sempre a prática corresponde ao objetivo legal. Não raro, profissionais, principalmente da área da infância e da juventude, esquecem-se que o destinatário

final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente e não o pai, a mãe, os avós, tios, etc. Muitas vezes, apesar da remotíssima chance de reintegração familiar, porque, por exemplo, a criança está em abandono há anos, as equipes técnicas insistem em buscar vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou se limita a visitá-la de três em três meses, mendigando-se caridade, amor e afeto. Enquanto perdura essa *via crucis*, a criança vai se tornando *filha do abrigo*, privada do direito fundamental à convivência familiar, ainda que não seja a sua família consanguínea. (Amin, 2007, p. 28).

Situações como a acima descrita não podem fazer parte da realidade da infância e da juventude brasileiras, seja pelo direito fundamental à convivência no seio familiar, seja pela aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.4.3 PRINCÍPIO DA MUNICIPALIZAÇÃO

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que ampliou o acesso e o alcance da política de assistência social, instituiu um importante princípio - o da descentralização do atendimento (art. 204, inc I).

Sabidamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou o princípio da descentralização ao tratar da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 86 e seguintes), preconizando a importante interação entre as diferentes esferas públicas estatais e priorizando a cooperação entre o Estado e a Sociedade Civil.

Densamente conectado ao princípio da descentralização, sendo essencial ao seu funcionamento, surge o princípio da municipalização, igualmente previsto pelas redações da Carta Magna (art. 30 e seus incs) e da Lei nº 8.069/1990 (art. 88, inc I).

A partir de 1988, o Município é elevado à categoria de ente da Federação, tal quais os Estados e o Distrito-Federal, assumindo atribuições, até então inéditas, no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, surge o princípio da municipalização como fruto da

sociedade hodierna, em que, diante da complexidade das relações sociais, o atendimento dos direitos sociais atribui-se ao braço do Estado mais próximo da realidade de seu povo, braço que, no Brasil, é o Município.

Assim, a municipalização não se confunde com a “prefeiturização”, ao contrário, municipalizar significa que os demais entes federativos transferiram atribuições, antes somente suas, aos Municípios, ente mais próximo da realidade das crianças e dos adolescentes. A municipalização incorpora desde a iniciativa para formular programas direcionados ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente até a execução desses mesmos programas.

Nesse ponto, fazemos a mesma ressalva pontuada por Amin (2007, p. 30): *“É necessário que ocorra a municipalização real, ou seja, é indispensável que o poder público municipal instale os Conselhos de Direitos e Tutelar, é preciso a elaboração e a fiscalização da lei orçamentária e, por meio dela, sejam destinados recursos aos programas de atendimento, é preciso que o Município se envolva com os problemas da sua população.”*

Não obstante, a via do princípio da municipalização serve mão dupla. Para que sejam alcançados os efeitos almejados, é necessário que a população, como sociedade civil, efetivamente cumpra o papel que lhe foi destinado no art. 227 da Constituição Federal, assumindo sua parcela de responsabilidade na defesa dos interesses da criança e da sociedade.

Aqui, podendo tramitar em quaisquer dos lados dessa via, seja fiscalizando a Administração Municipal, seja como porta-voz da sociedade civil, o Ministério Público mais uma vez desponta como importante instituição na concretização dos direitos sociais.

2.5 A NOVA LINGUAGEM JURÍDICA

A uso da linguagem é indissociável do trabalho do operador jurídico, constituindo-se na sua principal ferramenta, pois, na expressão do filósofo Bakhtin (1999, p. 38), “a palavra está presente em todos os atos de compreensão e em todos os atos de interpretação”.

Nesse sentido, o emprego incorreto ou inadequado das palavras

implica a transmissão equivocada de conceitos e ideias, acarretando diversos problemas de interpretação.

Independentemente da área de atuação, espera-se do profissional o uso adequado e correto dos termos técnicos. O profissional do Direito, da mesma forma, deve manter-se atento aos termos legais e às suas modificações.

Bakhtin, ao trabalhar com a filosofia da linguagem, compreendeu-a como “signo”, um produto ideológico de uma realidade natural ou social. De acordo com o autor:

Um signo não existe apenas como parte de uma realidade; ele também reflete e retrata uma outra. Ele pode distorcer essa realidade, ser-lhe fiel, ou apreendê-la de um ponto de vista específico. [...] O domínio do ideológico coincide com o domínio dos signos: são mutantes correspondentes. Ali onde o signo se encontra, encontra-se também o ideológico (Bakhtin, 1999, p. 32).

Com relação ao profissional de mídia, Kasahara (2003, p.42) informa que, nas áreas nobres, como, por exemplo, a economia, a política, a medicina, entre outras, o jornalista não se aventura na criação de terminologias ou novas expressões. Todavia, de maneira oposta, todo esse cuidado não é observado nas matérias cotidianas, em especial na área social.

Assim, da mesma forma que ocorre com o comunicador, o jurista tende fazer uso impecável dos termos processuais, contudo, esse mesmo cuidado não é observado com relação às expressões que permeiam o universo do direito da criança e do adolescente, em sua maior parte, modificadas na transição das décadas de 80 e 90, com a publicação da Constituição Federal, em 1988, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990.

Aliás, Zaffaroni (2007, p. 26) afirma que o desgaste na linguagem jurídica repercute em consequências mais graves do que em outros âmbitos, o que, nas palavras do autor, dá-se “justamente pela demanda de precisão semântica que a natureza da função a ser cumprida impõe”.

A evolução das terminologias significa uma evolução no pensamento, perceber o desgaste obtido ao longo dos anos por algumas palavras que contêm preconceitos embutidos é um dever profissional. Àqueles que afirmam ser inútil mudar a nomenclatura sem mudar a realidade e as políticas públicas, falta-lhes perceber a unidade das transformações

sociais. Não existem diversos movimentos, mas um único processo, com várias frentes que catalisam umas as outras.

[...]

Modificar a linguagem não é um paliativo, um eufemismo. É um elemento indispensável para a conscientização e a ação concreta de todos na construção de uma sociedade mais justa (Kasahara, 2003, p.42).

É certo que apenas a mudança linguística não trará as que se almejam na realidade social brasileira, entretanto, por meio da utilização contínua dos termos “socialmente responsáveis”, espera-se criar parâmetros sociais e desenvolver laços entre o jurista e aquele que procura sua tutela.

O membro do Ministério Público possui a incumbência constitucional da defesa dos direitos sociais e, em razão dessa grandeza, não lhe é auferida a faculdade de permanecer inerte às mudanças sociais ou de abraçar o senso comum.

Aos resistentes à evolução do idioma, guardamos as palavras de Kasahara: “Não rever as palavras usadas é evitar confrontar a si mesmo, ou por vaidade ou por medo de perceber que, talvez, suas noções de humanidade não sejam tão humanas assim”.

Diante disso, passamos a listar os principais termos modificados pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.069/1990, e, mais recentemente pela Lei nº 12010/2009, cujo uso, seja em peças processuais, seja na linguagem oral, ainda que comumente adotados nas decisões judiciais, devem ser abandonados pelos membros do Ministério Público.

A) O MENOR

A expressão “menor”, outrora utilizada pela legislação brasileira, inclusive para dar nome a um Código – Lei nº 6.697/1979, instituidora do Código de Menores –, não possui mais suporte no ordenamento jurídico vigente.

O termo, hoje não visto com bons olhos pelos defensores da infância e juventude, trilhou um longo caminho no direito brasileiro. Dornelles (1992, p.119) afirma que

a origem do termo menor surgiu no Brasil no contexto da

Medicina Legal, penetrando a doutrina jurídica e os textos legais, como o Código Civil de 1916, definindo-os como incapazes juridicamente para a vida civil.

A partir desse conceito jurídico sobre esse tipo especial de criança e adolescente se criou uma generalização para o uso do termo menor, caracterizando-o como alguém que não alcançou a maioridade civil (menor púbere e menor impúbere), e a responsabilidade penal.

No entanto, de maneira inteligente, o Estatuto da Criança e do Adolescente aboliu tal terminologia da redação de normas protetivas à infância e à juventude, substituindo-a pelos termos “criança” e “adolescente”, para cada caso.

O legislador estatutário não abdicou do uso da expressão “menor” apenas por questões de estilo literário, de modo que a sua substituição não implica em simples alteração de nomenclatura. Na realidade, a opção pelo uso das palavras “criança” e “adolescente” decorre da conotação negativa já enraizada no termo “menor”.

Sabe-se que, cotidianamente, os meios de comunicação, em especial, a mídia de massa, estigmatiza o termo “menor”, dando-lhe conotação depreciativa e preconceituosa. Minharro (2003, p.29), ciente dessa realidade, expôs que

muitas vezes, a palavra ‘menor’ é utilizada com intuito depreciativo, como sinônimo de infratores e delinquentes. Sob essa óptica distorcida e preconceituosa, as expressões ‘criança’ e ‘adolescente’ apareceriam para designar os filhos das classes mais abastadas e ‘menores’ para designar os filhos das camadas pobres e, por isso, tendentes à marginalidade. (Minharro, 2003, p. 29-30).

Em uma pesquisa realizada nos meios de comunicação do Mato Grosso do Sul, das 244 reportagens que tratavam a criança e o adolescente como “menor”, 86,83% o fazia com clara conotação pejorativa, geralmente associada a outros vocábulos, de igual forma, ofensivos, tal como “trombadinha”, “pivete” ou “menor infrator” (Kasahara, 2003, p. 43).

Kasahara (2003, p. 43) ilustra sua pesquisa com duas manchetes policiais – “Menor esfaqueia adolescente” e “Estudante é baleada por menor infrator”. Nos exemplos, fica explícita a conotação negativa conferida

à terminologia “menor”. Será que jornalistas intitulariam essas mesmas manchetes desta forma: “Adolescente esfaqueia menor” ou “Menor é baleado por estudante infrator”? Certamente, que não.

Isso porque, na linguagem da mídia sensacionalista, assim como naquela que permeia o senso comum da população, o termo “menor” é restrito aos adolescentes das classes pobres, dos bairros periféricos, aos que não tiveram respeitado o direito ao convívio no seio familiar e aqueles que cumprem medida socioeducativa.

Assim, seja em razão do seu constante uso depreciativo, seja diante da legislação vigente, o Promotor de Justiça que atua pela defesa e pela proteção dos direitos da criança e do adolescente deve também abolir a expressão “menor” de seu vocabulário jurídico.

B) O MENOR INFRATOR

Assim como ocorre com o termo “menor” utilizado isoladamente, a expressão “menor infrator” é envolta em preconceito, estigma social e senso comum.

Muitos mitos rodeiam a figura do adolescente e o universo do crime, sendo a eles imputada uma responsabilização desmedida pelo caos social e pela elevação dos índices de violência.

Ainda que uma mídia sensacionalista insista no personagem “menor infrator”, a situação fática demonstra o contrário. Os atos infracionais de autoria de adolescentes não se constituem em sequer 10% do total de infrações praticadas no Brasil. Outrossim, nesse reduzido universo, incapaz de representar um décimo dos crimes realizados no País, dos atos infracionais praticados pelos adolescentes, somente 8% são equiparados a crimes contra a vida, constituindo sua grande maioria (em média 75%) em crimes contra o patrimônio (Giramundo, 2003, p. 38).

Outrossim, o uso da expressão “infrator” rotula o adolescente por um ato, por vezes isolado em sua vida. Nesse sentido, o adolescente passa a ser identificado pela ação que perpetrou, sendo-lhe atribuída uma adjetivação pejorativa por aquela atitude.

Diante desses dados, não pode o membro do Ministério Público permitir a propagação dessa visão equivocada por meio da linguagem, motivo

pelo qual aconselhamos a sua substituição pelas expressões “adolescente em conflito com a lei” ou “adolescente autor de ato infracional”.

C) A CRIANÇA OU O ADOLESCENTE DE RUA

A terminologia “menino de rua” está associada à imagem da criança e do adolescente de classes miseráveis que, principalmente em razão da violência doméstica, não cultiva mais qualquer vínculo com sua família de origem, ostentando a condição equiparada à de órfão.

Na realidade, essa expressão é bastante antiga, tendo sido registrada na literatura, pela primeira vez, em 1851, pelo escritor inglês Henry Mayhew⁸. Todavia, seu uso, no contexto social, surge apenas a partir de 1979 – Ano da Criança de acordo com as Nações Unidas (Koller, 2003, p. 205).

A partir da década de 80, paradoxalmente, o termo “criança de rua” se fixa na linguagem popular ao mesmo tempo em que diversas pesquisas desconstróem a imagem pré-concebida a que alude o primeiro parágrafo, à medida que descobrem que boa parte dessas crianças e desses adolescentes mantêm laços familiares, retornando ao lar, vezes durante a noite, vezes em dias alternados (Koller, 2003, p. 205).

Nesse diapasão, após pesquisas de campo, compreendeu-se que não há uma única categoria de “criança de rua”, vez que o termo pode designar qualquer um dos distintos grupos de crianças e adolescentes que vivem pelas ruas - os que fugiram do lar, os que vivem da mendicância, os que trabalham na rua, os que mantêm vínculos familiares, os que romperam completamente qualquer vínculo, entre outros extratos sociais.

Assim, para que não haja equívocos a qual categoria o operador jurídico quer fazer referência, aconselha-se o uso da expressão “meninos em situação de rua”, cujo conceito abrange toda essa população.

D) A CRIANÇA E O ADOLESCENTE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

A questão do termo adequado e socialmente responsável para designar a pessoa com deficiência - logo a criança e o adolescente com deficiência - é controvertida, uma vez que não parece possível estabelecer

8 O termo “street children”, de autoria de Henry Mayhew, aparece ao longo dos quatro volumes da obra “London Labour and the London Poor”, série que tratava sobre as condições de pobreza dos trabalhadores e dos desempregados de Londres pós-Revolução Industrial.

um termo capaz de ultrapassar barreiras de tempo e espaço.

Sasaki (2005) realiza um interessante retrospecto da trajetória dos termos utilizados ao longo da história de atenção às pessoas com deficiência, no Brasil.

Termos como inválidos⁹, utilizado por muitos séculos; incapacitados ou incapazes¹⁰, mais presente até a década de 60; defeituoso, deficiente e excepcional¹¹, constantes entre as décadas de 60 e 80; portador de deficiência¹², a partir do final da década de 80; portador de necessidades especiais ou com necessidades especiais¹³, ao fim da década de 90; pessoas especiais, aproximadamente na mesma época; portadores de direitos especiais¹⁴, em 2002, são alguns dos termos mais observados ao longo da história brasileira.

Todavia, ao final da década de 90, movimentos mundiais de pessoas com deficiência, incluindo no Brasil, têm defendido a terminologia “pessoas com deficiência”. Esse termo encontra-se, inclusive, no texto da Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 25 de agosto de 2006.

Sasaki (2005) apresenta alguns dos princípios básicos que levaram esses movimentos organizados ao termo “pessoas com deficiência”:

1. Não esconder ou camuflar a deficiência;

9 O termo inválido pode ser observado nas manchetes “Servidor inválido pode voltar” (Jornal Folha de São Paulo, 20/7/1982) e “Os cegos e o inválido” (Revista Istoé, 7/7/1999), e na redação do Decreto Federal nº 60.501, de 14/3/1967 (Sasaki, 2005).

10 As derivações do termo incapacitado foram muito observadas pela mídia após a Segunda Guerra Mundial, em manchetes como “A guerra produziu incapacitados” e “Os incapacitados agora exigem reabilitação física” (Sasaki, 2005).

11 As três terminologias podem ser observadas na manchete “Crianças defeituosas na Grã-Bretanha tem educação especial” (Shopping News, 31/8/1965), nos nomes de duas importantes instituições de atendimento à criança e ao adolescente - a Associação de Assistência à Criança Defeituosa – AACD (hoje denominada Associação de Assistência à Criança Deficiente) e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – Apae (Sasaki, 2005).

12 A expressão “pessoas portadoras de deficiência” foi introduzida apenas nos países de língua portuguesa, como proposta de substituição do termo “pessoas deficientes” (Sasaki, 2005).

13 A terminologia “necessidades especiais” pode ser observada no art. 5º da Resolução nº 2 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, de 11/9/2001, por meio do qual é explicado que as necessidades especiais decorrem de três situações, uma das quais envolvendo dificuldades vinculadas a deficiências e dificuldades não-vinculadas a uma causa orgânica (Sasaki, 2005).

14 O termo “portadores de direitos especiais” foi proposto por Frei Beto em art. publicado pelo jornal “O Estado de São Paulo”. Alega o proponente que o substantivo “deficiência” e o adjetivo “deficiente” encerram o significado de falha ou imperfeição enquanto que a PODE (sigla sugerida ao termo), exprimiria capacidade (Sasaki, 2005).

2. Não aceitar o consolo da falsa idéia de que todo mundo tem deficiência;
3. Mostrar com dignidade a realidade da deficiência;
4. Valorizar as diferenças e necessidades decorrentes da deficiência;
5. Combater neologismos que tentam diluir as diferenças, tais como “pessoas com capacidades especiais”, “pessoas com eficiências diferentes”, “pessoas com habilidades diferenciadas”, “pessoas deficientes”, “pessoas especiais”;
6. Defender a igualdade entre as pessoas com deficiência e as demais pessoas em termos de direitos e dignidade, o que exige a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência atendendo às diferenças individuais e necessidades especiais, que não devem ser ignoradas;
7. Identificar nas diferenças todos os direitos que lhes são pertinentes e a partir daí encontrar medidas específicas para o Estado e a sociedade diminuírem ou eliminarem as “restrições de participação” (dificuldades ou incapacidades causadas pelos ambientes humano e físico contra as pessoas com deficiência).

Quanto ao uso costumeiro da expressão “portador” (portador de deficiência ou portador de necessidades especiais), citamos, também, Sassaki:

A tendência é no sentido de parar de dizer ou escrever a palavra “portadora” (como substantivo e como adjetivo). A condição de ter uma deficiência faz parte da pessoa e esta pessoa não porta sua deficiência. Ela tem uma deficiência. Tanto o verbo “portar” como o substantivo ou o adjetivo “portadora” não se aplicam a uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa. Por exemplo, não dizemos e nem escrevemos que uma certa pessoa é portadora de olhos verdes ou pele morena (Sassaki, 2005).

Assim, por todo o exposto, em respeito à legislação internacional e às conquistas dos movimentos sociais acima citados, espera-se do membro do Ministério Público a utilização da expressão “criança com deficiência” e “adolescente com deficiência”.

E) O PÁTRIO PODER

A expressão “pátrio poder” – como um resquício da sociedade patriarcal – não possui aplicação no atual ordenamento constitucional, não tem mais previsão no arcabouço legislativo em vigência e nem é capaz de refletir a sociedade brasileira de hoje.

O diploma constitucional de 1988 estabeleceu igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal e ao exercício do “poder familiar”, expressão que reflete seu conceito. Assim, desde 1988, as previsões que diferenciam direitos e deveres em razão do gênero não possuem mais suporte nos universos jurídico e fático.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de ser posterior à Constituição Federal, em sua redação original, fazia o emprego da expressão “pátrio poder”, o que, certamente, desabonava sua a redação, tendo assim vigorado até a Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, a qual determinou, em seu art. 3º, a correção do termo para “poder familiar”.

A nova terminologia é mais adequada em face da realidade social brasileira. A conquista por espaços e direitos, e a atual situação da mulher - que largou o papel de “dona-do-lar” para se inserir no mercado de trabalho – trouxe significativas mudanças nas estruturas social e familiar, como a divisão das tarefas domésticas com o marido e a obrigação de a mulher contribuir com o orçamento familiar.

Dessa forma, especialmente após a vigência da nova Lei, e ciente de que até mesmo a legislação civil optou pela expressão “poder familiar”, a utilização do “pátrio poder” na redação jurídica revela a falta de atualização do profissional do direito, que não conseguiu acompanhar as modificações legais mais recentes.

F) A PROSTITUIÇÃO INFANTIL

A palavra “prostituição” não é adequada para designar a exploração sexual de criança ou adolescente. O verbo “prostituir” tem como agente ativo aquele que, conscientemente, comercializa o corpo e o prazer sexual. Desse modo, a expressão “prostituição infantil” parece imputar à criança e ao adolescente um determinado nível de consciência sobre a situação e voluntariedade.

A expressão adequada ao jurista que atua na área da infância e juventude, nesse caso, é “exploração sexual infantojuvenil”, que logo remete a criança e o adolescente à situação de vítimas.

G) O JUIZADO DE MENORES

Se o Código de Menores determinava ser competente para “tratar de menor em situação irregular” o “Juízo de Menores” (art. 89 da Lei nº 6.697/1979), o Estatuto da Criança e do Adolescente fez questão de alterar tal terminologia.

A Lei nº 8.069/1990 atribuiu competência para dirimir questões jurisdicionais relacionadas ao interesse da criança e do adolescente à “Justiça da Infância e da Juventude”, o que se observa da leitura de seu art. 148.

Por essa razão, e estando o “Código de Menores” expressamente revogado, o termo correto para a designação da unidade do Poder Judiciário que cuida das questões estatutárias é “Justiça da Infância e da Juventude”.

H) O CÓDIGO DE MENORES OU O CÓDIGO MENORISTA

O ordenamento jurídico brasileiro já concebeu dois Códigos de Menores: o primeiro por meio do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, e o segundo, pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.

No entanto, desde 13 de julho de 1990, com a publicação da Lei nº 8.069, as garantias e os direitos da criança e do adolescente são disciplinados na forma de Estatuto.

De acordo com as exposições do Senador Gerson Camata, no Diário do Congresso Nacional, de 26 de maio de 1990, o legislador optou por “Estatuto”, em vez de “Código”, porque aquele dava idéia de direito, enquanto este conduzia à simples punição (Nogueira, 1991, p. 7).

I) A REINCIDÊNCIA

A reincidência, definida como o cometimento de novo crime, possui previsão no Código Penal brasileiro, cuja disciplina ficou a cargo dos arts. 63 e 64, *in verbis*:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64. Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação,

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Todavia, no universo da criança e do adolescente, não há que falar em crimes ou delitos, e, conseqüentemente, não prosperam discussões a respeito do instituto da reincidência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente fala em “cometimento reiterado de ato infracional” (art. 122, inc. II), cujo significado e os efeitos em nada se assemelham à reincidência penal.

A reincidência é circunstância agravante da pena; já, no campo estatutário, a reiteração no cometimento de ato infracional implica a possibilidade de ser arbitrada a medida socioeducativa na modalidade de internação.

Dessa forma, por terem significados e efeitos distintos, o Promotor de Justiça deve ter a precaução de utilizar adequadamente cada instituto, nomeando-lhes corretamente.

J) A CRIANÇA OU O ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO IRREGULAR

O revogado Código de Menores (Lei nº 6.697/1979) dispunha logo, em seu art. 1º, “*sobre assistência, proteção e vigilância aos menores, até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular*”.

Em “situação irregular”, conforme descrevia o art. 2º daquela Lei, encontrava-se a criança ou o adolescente:

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.

Assim, durante a vigência do Código de Menores, a proteção (ou desproteção) estatal e as medidas por ele disciplinadas eram reservadas às crianças e aos adolescentes enquadrados em seu art. 2º, ou seja, àqueles que estivessem “em situação irregular”.

A expressão “situação irregular” refletia o sentimento de infância da época de sua publicação. Pela ótica da Doutrina da Proteção Integral, a expressão apresenta erro conceitual e epistemológico, pois não é a criança que se encontra em situação irregular, mas, sim, o Estado, a família e a sociedade, incapazes de lhes conferir as garantias mínimas para seu desenvolvimento sadio.

A publicação da Lei nº 8.069/1990 eliminou a figura do “menor em situação irregular”, isso porque o Estatuto não tem por destinatário apenas as crianças e os adolescentes das classes sociais mais pobres, ele é norma geral que alcança todos os infantes – o assistido e o desassistido, o rico e o pobre, o abraçado pela família e o abandonado em instituições de acolhimento.

K) O CRIME OU O DELITO COMETIDO POR ADOLESCENTE

Não se admite que o operador jurídico confunda a figura do “ato infracional”, disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com o conceito de “crime”, exclusivo do direito penal.

Conforme determina a Constituição Federal, em seu art. 228, a criança e o adolescente são penalmente inimputáveis, estando sujeitos às normas da legislação especial, no caso, a Lei nº 8.069/1990.

Diante disso, considerando o que impõe o art. 103 da Lei – “*Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*” –, não possui espaço, na redação jurídica, a vinculação do adolescente aos termos “crime”, “contravenção” ou “delito”, pois a conduta a esses equiparada, quando praticada por adolescente, será chamada, necessariamente, de “ato infracional”.

L) A MEDIDA DE PRISÃO E O ADOLESCENTE PRESO

Insistentemente, muitos juristas fazem uso incorreto de expressões como “adolescente preso”, “medida de prisão”, entre outras semelhantes.

Os adolescentes são, por força do texto constitucional (art. 228), penalmente inimputáveis, logo, não existe possibilidade legal de um adolescente receber “medida de prisão”, já tal medida não existe na lei brasileira.

As medidas socioeducativas, em sua integralidade, estão previstas no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 112), de modo que o legislador não conferiu à autoridade judiciária ou ao membro do Ministério Público a faculdade de criar novas medidas socioeducativas¹⁵, conforme supõem necessário.

As medidas privativas de liberdade, disciplinadas pela Lei nº 8.069/1990, são as medidas de inserção em regime de semiliberdade (inc. V) e de internação em estabelecimento educacional (inc. VI).

Desse modo, o adolescente não é “preso”, e, sim, “apreendido”, da mesma forma, não “está preso”, mas “cumprindo medida de internação”, e, ainda, não se comina “medida prisão”, mas “medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional”.

M) A MEDIDA PENA OU MEDIDA SANÇÃO

O adolescente, de acordo com o texto do Estatuto da Criança e

¹⁵ Nota-se que o mesmo não ocorre com as medidas de proteção, de modo que o rol estabelecido art. 101 não é exaustivo, mas meramente exemplificativo.

do Adolescente, não será “apenado” ou alvo de “sanção”. Pela ótica da Doutrina da Proteção Integral, o adolescente autor de ato infracional deve passar por processo de responsabilização, que se desenvolve por meio da cominação de “medida socioeducativa”.

A natureza jurídica da medida socioeducativa não se confunde com o caráter punitivo da pena, na proporção em que almeja intervir pedagogicamente no universo do adolescente, resgatando sua cidadania e reintroduzindo-o ao convívio pacífico na sociedade.

Assim, não cabem confusões conceituais; a pena permeia a esfera do direito penal, e a medida socioeducativa, a esfera estatutária, de modo que inexistem os termos “medida pena” ou “medida sanção”.

N) O PROCESSO DE APURAÇÃO

É comum observar, ao longo da jurisprudência, a designação do procedimento de apuração de ato infracional, cuja disciplina ficou a cargo dos arts. 171 a 190 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como “processo de apuração ou investigação de ato infracional”.

Todavia, os dispositivos que disciplinam o “procedimento de apuração de ato infracional” constituem o Capítulo III da Parte Especial da Lei nº 8.069/1990, Capítulo este denominado de “Dos Procedimentos”.

Apesar de aparentemente inocente, esse equívoco traduz mais do que o simples desconhecimento dos termos estatutários, implica o desconhecimento de conceitos básicos da Teoria Geral do Processo - o “processo” se constitui, como o instrumento Estatal, na prestação jurisdicional; o procedimento, por sua vez, representa a exteriorização do processo.

O) A APELAÇÃO CRIMINAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi bastante claro na redação de seu art. 198, *in verbis*:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações: [...].

Desse modo, por disposição literal da Lei nº 8.069/1990, os recursos interpostos em razão de qualquer um dos procedimentos afetos à Justiça da infância e da Juventude serão, necessariamente, aqueles disciplinados pelo Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, contra a sentença proferida ao final de um procedimento de apuração de ato infracional é cabível o recurso de “Apelação Cível”, ou simplesmente “Apelação”.

A problemática da nomenclatura do recurso se estende à questão da competência do juízo *ad quem* para processá-lo. Ainda que a maior parte dos Tribunais estaduais remetam esses recursos às Câmaras Especiais ou Cíveis, muitos são os que ainda dirigem a discussão às Câmaras Criminais, tal como ocorre em Santa Catarina.¹⁶

Não parece ser conveniente atribuir competência para tal análise às Câmaras Criminais, fato, inclusive, que fere a natureza estatutária do procedimento, que historicamente se opõe à Doutrina do “Direito Penal do Menor”.

P) A SENTENÇA CONDENATÓRIA

A sentença proferida nos procedimentos de apuração de ato infracional, pela lógica estatutária, nunca poderá ser classificada como condenatória. A autoridade judiciária concederá a remissão (art. 188), aplicará medida socioeducativa (art. 112), ou deixará de aplicá-la se constatada uma das hipóteses do art. 189.

Dessa forma, o magistrado pode, no máximo, facultativamente, aplicar medida socioeducativa ao adolescente, que, conforme o acima exposto, não abarca o caráter punitivo, possuindo aspecto educacional e a responsabilização do adolescente.

16 Nos Tribunais de Justiça dos Estados da Bahia, de Goiás, do Distrito Federal, do Espírito Santo, do Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais, de Santa Catarina, do Paraná, do Sergipe, de Alagoas, de Paraíba e do Piauí, a análise dos recursos impetrados contra decisão proferidas em procedimentos de apuração do ato competem às Câmaras Criminais. Nos Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, do Ceará, de Maranhão, de Mato Grosso, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul, do Rio Grande do Norte, de Rondônia e de Tocantins, a análise fica a cargo de Câmaras Cíveis. No Tribunal de Justiça de São Paulo, os recursos são dirigidos à Câmara Especial; No do Amapá, para uma Câmara Única. As páginas eletrônicas dos Tribunais de Justiça dos Estados do Pará e de Pernambuco não estavam disponíveis no momento da pesquisa.

Q) ABRIGO E ABRIGAMENTO

A Lei nº 12.010/2009, Lei Nacional da Convivência Familiar e Comunitária, promoveu diversas modificações na redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, merecendo destaque a alteração da denominação conferida à medida específica de proteção de “abrigo” para “acolhimento institucional” (art. 101, inc. VII, ECA).

A mudança, conforme aponta França (2011, p. 01), procurou dar ênfase no segundo elemento do termo - “acolhimento”. Isso porque, enquanto o termo abrigo dá noção de dimensão física deste espaço, entendido como o “local que serve para abrigar”, a referência ao termo acolhimento confere conotação de acolher e proteger. “Portanto, saímos da dimensão espacial, para valorizarmos a dimensão relacional que se estabelece entre os sujeitos”.

3 AS PRIMEIRAS ATRIBUIÇÕES DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente é composto por uma rede horizontal de atores, cada qual com responsabilidades próprias que, como uma engrenagem, atuam em conjunto. O grande desafio do Promotor de Justiça é se inserir nessa rede, ou, quando inexistente, estimular sua formação¹⁷.

Várias medidas podem ser recomendadas ao Promotor de Justiça por ocasião da assunção das competências da Justiça da Infância e da Juventude. A adoção de simples práticas favorecerá a integração do membro do Ministério Público à comunidade que o cerca, além de aos demais órgãos de proteção dos interesses da criança e do adolescente.¹⁸

Desse modo, conferida a posse no cargo, é recomendável ao Promotor de Justiça:

- a) comunicar a assunção do cargo, por ofício ou outro meio do-

17 O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente é tema amplamente debatido no volume II do Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, elaborado por este Centro de Apoio Operacional.

18 Para a redação das recomendações constantes neste capítulo 3, foi utilizado como fonte o Ato nº 168/98/PGJ-CGMP, de 21 de dezembro de 1998, que instituiu o “**Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo**”, obra de autoria da comissão integrada por membros do *parquet* paulista para este fim específico, sob a coordenação de Marisa Rocha Teixeira Dissinger, editorado em 1999 pela Associação Paulista do Ministério Público.

cumentável, ao Prefeito do Município, aos vereadores, aos membros do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar, aos órgãos policiais, às Secretarias de Assistência Social, da Saúde e da Educação;

b) analisar a legislação municipal relacionada à política de atendimento à infância e à juventude, em especial a que institui e regula o funcionamento do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Conselho Tutelar e do Fundo da Infância e Adolescência dos Municípios que compõem a Comarca;

c) analisar as deliberações do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente a respeito das políticas públicas do Município, verificando se suas resoluções foram cumpridas pelo Executivo local;

d) promover todas as medidas cabíveis diante de eventual incompatibilidade da lei municipal ou deliberação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e das Constituições Federal e Estadual;

e) organizar arquivo e mantê-lo atualizado, na sede da Promotoria de Justiça, contendo os seguintes documentos: I) a legislação municipal concernente a sua área de atuação; e II) as deliberações e resoluções do Conselho Municipal de Direitos relacionadas à política de atendimento e ao processo de escolha de seus representantes e os do Conselho Tutelar;

f) garantir a legalidade e a forma democrática no procedimento de escolha e eleição dos membros do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar;

g) zelar pela representatividade dos conselheiros eleitos, seja para o Conselho Municipal de Direitos da Criança, seja para o Conselho Tutelar;

h) participar, sempre que possível, das reuniões do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, zelando para que as decisões tomadas se dêem de forma colegiada;

i) zelar pelo respeito à autonomia das decisões do Conselho Tutelar, colaborando, sempre que possível e necessário, para o bom desempenho de suas funções;

j) provocar o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente para, quando necessária, expedição de deliberação e resolução normativa, relativas às políticas públicas e aos programas a serem

implementados, ampliados ou mantidos na área da infância e juventude; e

k) zelar para que no Plano Orçamentário Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual do Município, a área da infância e juventude seja contemplada com a “preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas” e com a “destinação privilegiada de recursos públicos”, previstas no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente;

Quanto ao exercício das funções jurisdicionais, especialmente aquelas estabelecidas ao longo dos inc.s do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, recomenda-se que o Promotor de Justiça:

a) verifique se a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer e processar o feito, nos moldes do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente;

b) verifique se a Justiça da Infância e da Juventude possui equipe interprofissional prevista no art. 150 do Estatuto;

c) abandone o uso, tanto na linguagem escrita quanto na oral, de termos imprecisos, pejorativos ou inadequados ¹⁹; e

d) cuide para que em todos os procedimentos conste cópia da certidão de nascimento da criança e do adolescente e, se apurada a inexistência de assento no registro civil, requeira que autoridade judiciária determine que isso ocorra imediatamente (art. 102, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

¹⁹ Neste Manual, vide tópico 2.5 - A nova linguagem jurídica.

4 O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público “*a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (art. 127, *caput*).

Nesse diapasão, o Promotor de Justiça não se ocupa apenas dos direitos coletivos e difusos, mas também dos direitos que, apesar de restritos a um indivíduo singularmente considerado, não podem ser renunciados por seu titular.

Os direitos da criança e do adolescente são sempre indisponíveis – indisponibilidade que incorpora tanto as garantias fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à educação; além dos direitos patrimoniais, vez que nem mesmo os pais, sem permissão da autoridade judiciária, podem transacionar os bens dos filhos menores de 18 anos.

Nas palavras de Garrido de Paula (2005):

Todo direito da criança e do adolescente é naturalmente indisponível. Isto porque, na verdade, é sócio-individual, pertencendo igualmente à pessoa e à própria sociedade, que assumiu, notadamente a partir da Constituição de 1988, o dever de promover a proteção integral da infância e juventude. Representa um misto de interesse individual

e social porquanto seu objeto compõe-se de um bem individual e de outro bem de toda sociedade, interessada na validação dos direitos da criança e do adolescente para arrimar a construção da cidadania.

Assim, o caráter marcadamente público do direito da criança e do adolescente impõe sua defesa também pelo Ministério Público, encarregado pela Constituição Federal do zelo aos interesses sociais e individuais indisponíveis. Age na defesa do interesse social que se agrega ao interesse individual da criança ou adolescente porque o legislador assim o quis, preocupado com a necessidade de validação dessa categoria de direitos, cujo acesso à justiça é dificultado pela própria condição peculiar de infante ou jovem.

É evidente que as garantias fundamentais da criança e do adolescente – direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, ao acesso à cultura, à educação, ao lazer, e a convivência familiar e comunitária, entre tantos outros – estarão sempre sujeitas à tutela do Ministério Público, uma vez que constituem direitos socialmente relevantes.

No entanto, não podem ser olvidados os demais direitos da criança e do adolescente, à medida que o art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente não limitou a tutela do *Parquet*, abarcando todos os direitos da criança e do adolescente, sejam eles homogêneos ou não, constituam uma garantia fundamental ou não.

A legitimidade conferida ao Ministério Público nos procedimentos estatutários difere da situação de “substituto processual”, comum nos procedimentos de rito processual civil, pois, conforme descreve Garrido de Paula (2005),

Pugnando pela defesa do interesse social reconhecido pelo legislador o Ministério Público cumpre com a atribuição que lhe foi reservada pelo ordenamento jurídico, não estando substituindo a criança ou adolescente no processo. Encontra-se, de forma autônoma, legitimado para a condução do processo porque, na forma convencional, dificilmente as lides envolvendo interesses infanto-juvenis chegariam à composição pelo Judiciário.

Diante dessa ampla gama de direitos a tutelar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial no seu art. 201, criou instrumentos para a ação do Promotor de Justiça, conferindo-lhe ações e procedimentos diversificados.

Assim, diante do exposto, neste capítulo serão indicados os procedimentos previstos pela Lei nº 8.069/1990, apontando-lhes embasamento jurídico, expondo as divergências interpretativas e sugerindo encaminhamentos ao Promotor de Justiça catarinense.

Ressalva-se que os procedimentos para apuração do ato infracional (arts. 171 a 183) e aplicação de medida socioeducativa (arts. 184 a 190), muito embora seja conferida pelo art. 201, inc. II, a legitimidade para a promoção e o acompanhamento, não será abordado neste volume, uma vez que a questão é amplamente discutida no volume III do manual. Por fim, reiteramos que a defesa do direito individual da criança e do adolescente é sempre indisponível e, por força do texto constitucional, não pode o membro do Ministério Público recusar-lhe tutela.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de se verificar cada um dos procedimentos previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é importante expor algumas ressalvas constantes no próprio texto da lei estatutária.

O extenso art. 201 da Lei nº 8.069/1990 descreve as funções do Ministério Público na área da Infância e Juventude, indicando-lhe tanto atribuições judiciais quanto extrajudiciais e incumbindo-lhe a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos.

Apesar da riqueza de seus inc.s e parágrafos, o art. 201 não abraça todas as funções institucionais, motivo pelo qual indica, em seu § 2º, que as atribuições indicadas em seus inc.s *“não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público”*.

Da mesma forma, a atuação do Promotor de Justiça não está limitada às medidas e aos procedimentos indicados no Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que o inc. VIII do art. 201 permite-lhe a adoção de qualquer medida, seja ela judicial ou extrajudicial, sempre que fizer necessário o respeito *“aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes”*.

Por fim, quanto às ações cíveis, ressalta-se que a legitimação do Mi-

nistério Público não afasta a de terceiros, nas mesmas hipóteses, quando decorrentes da legislação civil ou processual civil (art. 201, § 1º, ECA).

4.2 OS PROCEDIMENTOS DE CUNHO FAMILIAR

O direito ao convívio familiar é garantia fundamental estabelecida pelos textos constitucional (art. 227) e estatutário (art. 19), *in verbis*:

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. (EC nº 65/2010)

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a **convivência familiar** e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A família desempenha papel essencial no processo de desenvolvimento da criança e do adolescente. Além de ser a instituição mais adequada ao atendimento das necessidades de subsistência, é na família que o indivíduo busca o afeto e a ternura, aprende regras e limites, e desenvolve-se como cidadão.

Conforme expõe Cintra (2003, p. 100), “*a família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo*”.

Partindo do exposto, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs uma série de artigos principiológicos, norteadores da atuação do operador jurídico, cujo domínio é imprescindível para a ação do Promotor de Justiça nos procedimentos referentes ao direito de família, que serão a seguir indicados.

A) PREFERÊNCIA PELA FAMÍLIA NATURAL:

A preferência pela família natural decorre da leitura do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que confere o caráter excepcional à família substituta, priorizando os laços consanguíneos, que deverão ser mantidos sempre que possível.

A Lei Nacional da Convivência Familiar e Comunitária (Lei nº 12.010/2012) reforçou a importância da família de origem, determinando, em seu art. 1º, §1º, que a intervenção estatal será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

Entretanto, a prevalência da família biológica sob a substituta apenas se dará enquanto for benéfico à criança e ao adolescente, uma vez que o interesse desses tem prioridade aos de sua família.

Assim, se apurado que a família natural carece de condições emocionais e afetivas, se o ambiente familiar não for “livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (art. 19, ECA), ainda que seja vontade dos pais biológicos terem com eles seus filhos, a estes deverá ser designada família substituta.

B) FAMÍLIA AMPLIADA:

A Lei nº 12.010/2010 (Lei Nacional da Convivência Familiar e Comunitária) trouxe diversas importantes modificações ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre elas, a ampliação do conceito de “família”.

Se, há até muito pouco tempo, família era a unidade composta pelo homem e pela mulher casados entre si e os filhos frutos da união, a Lei nº 8.069/1990, ainda em sua redação original, já havia avançado, a medida que reconheceu como família a “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

A nova Lei, por sua vez, foi muito além. Ao incluir o parágrafo único

ao art. 25 do Estatuto, o legislador criou a figura da “família extensa” ou “família ampliada”, definida como “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (art. 25, parágrafo único, ECA).

O legislador reconheceu juridicamente como família aquelas que, no campo do afeto, já se reconheciam como tal. Assim, agora, por exemplo, a criança e o adolescente que vivem com os avós também estão inseridos no seio da sua própria família, cujo convívio é, da mesma forma, merecedor da proteção estatal.

C) IGUALDADE ENTRE OS FILHOS:

A igualdade entre filhos foi uma das significativas alterações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, quando, por seu art. 227, § 6º, determinou que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*.

A legislação civil, até 1988, disciplinava o instituto da filiação por meio de uma rígida e cruel classificação – havia três classes de filhos: os filhos legítimos, os filhos ilegítimos e os filhos decorrentes da filiação civil.

O “filho legítimo” era aquele fruto do matrimônio, ou seja, era o filho de homem e mulher casados entre si. O filho de homem e mulher que, após sua concepção, viessem a se casar, enquadrar-se-ia na categoria de “filho legitimado por casamento posterior”.

O “filho ilegítimo” era aquele concebido por homem e mulher não casados entre si. Da filiação ilegítima surgiam outras categorias: O “filho ilegítimo natural”, quando não houvesse qualquer impedimento ao matrimônio de seu pai e sua mãe; o “filho ilegítimo espúrio adulterino”, quando presente o impedimento matrimonial decorrente da existência de laços matrimônios de um de seus pais com terceiro; e o “filho ilegítimo espúrio incestuoso”, quando o impedimento ao matrimônio de seus pais decorresse da relação de parentesco destes.

A filiação civil, por fim, seria aquela decorrente da adoção – instituto que, à época, dividia-se em “adoção simples”, que não quebrava os

vínculos entre o adotado e sua família biológica, e “adoção plena”, esta capaz de romper os vínculos entre o adotado e a família natural, mas permitida apenas até os sete anos incompletos da criança.

Essa classificação civil não era meramente terminológica, tendo em vista que atribuía direitos diferentes, especialmente na esfera sucessória, a cada categoria de filho – a sucessão, até então, era exclusiva dos filhos legítimos e dos adotados de forma plena, cabendo a estes últimos apenas a metade da cota correspondente a cada filho legítimo.

Hoje, entretanto, não é mais cabível no mundo jurídico qualquer distinção entre os filhos, estando “*proibidas quaisquer designações discriminatórias relativa à filiação*” (art. 20, ECA).

D) EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR:

Outra novidade introduzida pela Carta Cidadã é o exercício do poder familiar em igualdade de condições entre o homem e a mulher, conforme se verifica a partir da leitura do § 5º do art. 226: “*Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma, não se manteve omissivo, disciplinando em seu art. 21:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Assim, como ocorreu com a questão da filiação, foi a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu a gerência da sociedade conjugal e do poder familiar tal como hoje se conhece: dividida em igualdade de deveres e direitos, entre o homem e a mulher.

Na história jurídico-social brasileira, desde o Brasil Colônia até a década de 60, o pai e marido - o “chefe da família” – exercia com exclusividade a gerência da família, impondo sua vontade sobre a de seus filhos e a de sua esposa.

Apenas a partir de 1962, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), é que à brasileira foi conferida a possibilidade de

exercer o poder familiar na qualidade de “colaboradora do marido” –, condição que perdurou até a publicação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, quando se reconheceu a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher.

No ordenamento jurídico em vigor, a gerência da família é dever comum do homem e da mulher e, conseqüentemente, o poder familiar é exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe²⁰.

E) OS DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR:

O poder familiar hodierno caracteriza-se por sua “indisponibilidade” e “irrenunciabilidade”, ou seja, os pais não podem dele dispor, a título gratuito, menos ainda a oneroso.

Outrossim, caracteriza-se como direito imprescritível, de modo que, enquanto perdurar a menoridade civil dos filhos, apenas se extingue na forma da lei: pela morte, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial em procedimento de perda ou suspensão do poder familiar (art. 1.635 do Código Civil).

O poder familiar, apesar de sua denominação, assemelha-se mais a um “poder/dever”, haja vista que, se de um lado, confere o direito de criar o filho e com ele partilhar valores, de outro, impõe o dever de lhe oferecer as condições materiais de seu sustento, de sua segurança e sua educação.

Os deveres decorrentes do poder familiar encontram-se descritos na legislação civil (art. 1.634) e estatutária (art. 22), *in verbis*:

20 Ou ainda, exercido pelos pais ou pelas mães. Muito embora a sociedade tenda a cerrar os olhos para a existência de relações homoafetiva que se caracterizam como entidade familiar, é inegável sua existência no universo fático. Todavia, felizmente, alguns Tribunais já se manifestaram pelo reconhecimento da união de dois homens ou duas mulheres como entidade familiar. Observe a seguinte decisão: “*Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime*”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013801592. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 5/abr/2006).

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

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

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

Nas palavras de Ferreira (2004), “*o direito dos pais em ter os filhos em sua guarda e companhia não é absoluto e resulta do correto exercício do poder familiar*”. Assim, os pais devem atender à exigência da lei civil e estatutária, garantindo o pleno, saudável e normal desenvolvimento de seus filhos, sob pena de serem aplicadas as medidas da Lei, inclusive a perda ou a suspensão do poder familiar.

F) O PODER FAMILIAR E A ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS:

Por fim, é importante compreender que, diante da nova ordem constitucional, a falta de recursos não constitui motivo suficiente para a perda ou mesmo para a suspensão do poder familiar (art. 23, *caput*). “*Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio*” (art. 23, parágrafo único).

A inclusão do art. 23 no texto do Estatuto da Criança e do Adoles-

cente representou um grande avanço legislativo, porquanto contrapor-se ao art. 2º, inc. I, alínea “b”, do Código de Menores, que considerava em situação irregular a criança ou o adolescente privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão da manifesta impossibilidade de os pais ou o responsável para provê-la.

O Código de Menores, por sua “Doutrina da Situação Irregular”, na verdade, punia as famílias pobres por sua situação de miserabilidade, imputando-lhes a responsabilidade por essa condição, desincumbindo o Estado do dever de promover a igualdade social.

Pela nova ordem social, em especial pelo que determina o parágrafo único do art. 23, cabe ao Estado suprir as condições materiais quando as falta à família, incluindo a criança, o adolescente e toda a família em programas sociais.

4.2.1 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A Constituição Federal de 1988 determinou que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”* (art. 227, §6º).

Diante da nova ordem constitucional, foi publicada a **Lei nº 8.560/1992**, que regulou a ação de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, compartilhando **legitimidade** entre o Ministério Público (art. 2º, § 4º) e os demais interessados (art. 2º, § 6º).

De acordo com o art. 2º da Lei, ocorrendo o registro de nascimento de criança apenas com a maternidade estabelecida, deverá o oficial remeter ao juiz a certidão integral do registro e o nome e prenome, a profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

O magistrado deverá, sempre que possível, ouvir a mãe sobre a paternidade alegada e determinar, em qualquer caso, a notificação do suposto pai, independentemente de seu estado civil, para que se manifeste

sobre a paternidade que lhe é atribuída (art. 2º, § 1º).

Caso o suposto pai confirme expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação (art. 2º, § 3º). Todavia, se o suposto pai não atender à notificação judicial no prazo de trinta dias, ou negar a paternidade, a autoridade judiciária deverá remeter os autos ao Ministério Público, para que este intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade (art. 2º, § 4º).

Na ação de investigação de paternidade interposta pelo Ministério Público, o Promotor de Justiça atua como **substituto processual**, de modo que não impede quem tenha legítimo interesse de intentar investigação visando a obter o reconhecimento da paternidade (art. 2º, § 6º).

No entanto, caso o Promotor de Justiça não tenha interposto a ação de investigação, deverá, necessariamente, acompanhá-la a título de *custos legis*, conforme indica o Código de Processo Civil em seu art. 82:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

[...].

Diante do exposto, seja como fiscal da lei, seja como substituto processual, deverá o do Ministério Público certificar-se que o direito da criança e do adolescente seja fielmente respeitado, salvaguardando-se, em especial, o atendimento ao art. 7º da Lei nº 8.560/1992, que determina que a sentença reconhecedora da paternidade fixará os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Por fim, destaca-se que os registros de nascimento, anteriores à Lei nº 8.560/1992, poderão ser retificados por decisão judicial, desde que antes seja ouvido o Ministério Público (art. 8º).

4.2.2 PROCEDIMENTO DE DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O Ministério Público possui atribuição para promover e acompanhar o procedimento de suspensão ou de destituição do poder familiar, conforme determinam os arts. 155 e 201, inc. III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, caso o Promotor de Justiça não participe da lide como requerente deverá, necessariamente, acompanhá-la a título de *custos legis*, certificando-se de que o direito da criança e do adolescente seja fielmente respeitado.

Antes de se discutir o procedimento – objeto da Seção II, do Capítulo II do Livro Especial –, é importante destacar a ressalva feita por Venosa (2003, p. 369): “*A suspensão ou destituição do pátrio poder (sic) constituem-se menos em um instituto punitivo dos pais e mais um ato em prol dos menores (sic), que ficam afastados da presença nociva*”.

Logo, o Promotor de Justiça deve dirigir sua conduta de acordo com os interesses da criança e do adolescente, defendendo a melhor opção para esses, seja a manutenção dos laços familiares, seja a destituição do poder familiar e consequente colocação em família substituta.

Entretanto, tal tarefa não é simples. Ferreira (2004) aponta a grande dificuldade de descobrir o momento adequado para ingressar com a ação para a perda ou a suspensão do poder familiar, em especial quando é certo que, se provido o pedido, será a criança ou o adolescente destinado a instituições de acolhimento. Assim, indica-nos que

Tanto na hipótese de causa social como na de natureza pessoal, o momento adequado para se ingressar com a ação de destituição do poder familiar resulta do confronto de dois direitos básicos: a) a dos pais em ter os filhos em sua guarda e companhia e b) o direito dos filhos à convivência familiar em ambiente adequado (art. 29 do ECA). Este último direito deve prevalecer em relação aos pais, posto que a ele foi garantida a prioridade absoluta.

De outro lado, o direito ao convívio familiar é direito fundamental da criança e do adolescente (art. 19, ECA) e, pela ótica estatutária, o

acolhimento institucional é medida provisória e excepcional, permitidas apenas como forma de transição para a colocação em família substituta (art. 101, § 1º, ECA).

Diante disso, Ferreira (2004) propõe como solução ao acolhimento o processo inverso da institucionalização, qual seja:

a) buscar condições para o retorno da criança ou do adolescente para sua própria família ou a família estendida, assim compreendida os parentes próximos, dispostos a assumir os seus cuidados, e que mantenha, com eles, relação de afinidade e afetividade; b) ingressar com a destituição do poder familiar, para garantir a colocação da criança em família substituta, de preferência na modalidade de adoção.

Assim, antes de interpor a ação, o Ministério Público deverá avaliar as condições de manutenção da criança ou do adolescente em sua família de origem, haja vista o seu caráter privilegiado conferido pelo art. 19 da Lei nº 8.069/1990, e pelo art. 1º da Lei nº 12.010/2009.

Outrossim, dever-se-á avaliar se há condições de colocação dessa criança ou desse adolescente em família substituta, uma vez que o acolhimento institucional é medida provisória e excepcional, utilizável apenas como forma de transição para a colocação em família substituta (art. 101, § 1º, ECA).

De acordo com o Código Civil, o poder familiar extingue-se nas hipóteses do art. 1.635, quais sejam: “I - *pela morte dos pais ou do filho*; II - *pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único*; III - *pela maioridade*; IV - *pela adoção*; V - *por decisão judicial, na forma do art. 1.638*”.

Para que ocorra a perda ou a suspensão do poder familiar por meio de decisão judicial, deverão ser respeitados os princípios do **contraditório** e da **ampla defesa**, durante todo o procedimento judicial, e a sentença condenatória deverá fundar-se em uma das hipóteses estabelecidas pelo art. 1.638 do Código Civil, ou no descumprimento injustificado dos deveres e das obrigações a que alude o art. 22 da Lei nº 8.069/1990 (art. 24), *in verbis*:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. antecedente.

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Inicialmente, há de se destacar que a Lei não impõe prazo certo e determinado para o ingresso com procedimento para a suspensão ou a destituição do poder familiar, ficando a cargo do impetrante analisar o momento propício e adequado para tanto. Entretanto, o que se recomenda é que a decisão acerca do ingresso, ou não, da ação seja rápida, a fim de resolver o problema e evitar que a criança ou o adolescente fique abrigado por longos períodos.

O que não se recomenda é o ingresso da “ação de verificação de situação de risco”. Tal procedimento não faz mais sentido após o advento do Estatuto. Em síntese: ou os órgãos públicos em geral aplicam automática e rapidamente as medidas de proteção, sem se valer da esfera judicial, ou o Ministério Público ingressa com a suspensão ou a destituição do poder familiar.

Por sua vez, o procedimento judicial que almeja a perda ou a suspensão do poder familiar encontra disciplina nos arts. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo o **impulso inicial** conferido ao Ministério Público e àquele com legítimo interesse²¹ (art. 155, ECA).

Os **requisitos da petição inicial** encontram-se enumerados nos inc.s do art. 156 do diploma estatutário: I) a indicação da autoridade judiciária a que for dirigida; II) a qualificação do requerente e do requerido (estando dispensado o Ministério Público dessa indicação); III) a exposição sumária do fato e do pedido; e IV) a indicação dos meios de prova e do rol de testemunhas.

21 São legítimos interessados: a) aqueles que buscam regularizar a situação de criança ou adolescente por meio da tutela ou da adoção, institutos que pressupõem a prévia perda ou suspensão do poder familiar; b) os demais parentes da criança e do adolescente, sejam ascendentes, colaterais ou por afinidade; c) o guardião, nos termos do art. 33 do Estatuto; e d) em dos genitores contra o outro. De outro lado, importa destacar que o Conselho Tutelar não tem legitimidade para ingressar com a ação, no entanto tem o dever de representar as irregularidades ao Ministério Público, qual impetrará a medida.

Uma vez distribuída, deverá a petição ser encaminhada para apreciação imediata da autoridade judiciária. O magistrado, por sua vez, constatando a existência de grave motivo, poderá decretar a **suspensão liminar do poder familiar**, devendo, para tanto, antes ouvir o Ministério Público.

A concessão da suspensão liminar, quando não auferida desde logo, poderá ainda ser conferida ao longo do procedimento de modo incidental. De qualquer forma, concedida a liminar, deverá a criança ou o adolescente ser confiado a pessoa idônea, a qual firmará termo de responsabilidade (art. 157, ECA) ou, em última hipótese, ser acolhida institucionalmente.

Caso a autoridade judiciária defira o processamento do procedimento, será o requerido citado para, no **prazo de dez dias**, oferecer **resposta** escrita, oportunidade em que apresentará documentos, indicará seus meios de provas e apresentará rol de testemunhas (art. 158, ECA).

A **citação** será, preferencialmente, pessoal. Admite-se, no entanto, outras modalidades de citação quando esgotadas as tentativas de citação pessoal (art. 158, parágrafo único, ECA).

Caso o requerido não tenha condições de constituir advogado, poderá requerer, em cartório, que lhe seja nomeado **defensor dativo**, o qual apresentará resposta no prazo de dez dias, a contar da intimação do despacho de nomeação (art. 159, ECA).

Não sendo apresentada a defesa pelo requerido, o magistrado concederá vista ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias (exceto se o *Parquet* tiver impetrado o procedimento), devendo proferir decisão também no prazo de cinco dias (art. 161, *caput*, ECA).

De qualquer forma, ainda que não apresentada defesa, caso tenham sido identificados os pais, estando em local certo, é obrigatória a oitiva destes (art. 161, § 4º ECA)

De outro lado, sendo apresentada a resposta, caso o Ministério Público configure no procedimento apenas como fiscal da lei, deverá lhe ser dada vista dos autos, manifestando-se no prazo de cinco dias e, após, designada **audiência de instrução e julgamento** (art. 162, *caput*).

Independentemente da revelia do requerido, sendo apurada a neces-

sidade de **estudo social**, poderá o Juiz solicitar a sua realização à equipe interprofissional, além de realizar a oitiva de eventuais testemunhas (art. 161, §1º e 162, §1º, ECA).

Na audiência de instrução, o Ministério Público deverá se fazer presente, seja na condição de requerente, seja na de *custos legis* (art. 162, § 2º). Aberta a audiência, presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, lido o parecer técnico e, ao final, aberto prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, para o requerente, o requerido e, quando na qualidade de fiscal da lei, o Ministério Público, apresentarem suas **alegações finais** (art. 162, § 2º, ECA).

Outrossim, sempre que o pedido importar em modificação da guarda, na medida do possível, deverá ser **ouvida a criança e o adolescente** (art. 161, § 3º, ECA).

A **decisão** deverá, preferencialmente, ser proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data posterior para sua leitura, respeitado o prazo máximo de cinco dias (art. 162, § 2º, ECA).

Contra essa decisão, tendo em vista a sistemática recursal adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é cabível o **recurso de Apelação** disciplinado pelo Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, ECA).

A decisão que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar, após seu trânsito em julgado, será **averbada na margem do registro de nascimento** da criança ou do adolescente (art. 163, parágrafo único, ECA).

Não obstante, “*a destituição do poder familiar configura apenas cessação do direito, pode ocorrer a sua retomada*” (Ferreira, 2004), ou seja, a destituição não impede que, cessado o problema que deu causa ao procedimento, os destituídos requeiram a restituição do poder familiar, pedido que poderá ser deferido caso a criança ou o adolescente não tenham sido adotados²².

²² **Art. 39.** A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Finalmente, ressalta-se a modificação no texto estatutário promovida pela Lei nº 12.010/2009, que estabeleceu, pela nova redação do art. 163, o prazo máximo de 120 dias para conclusão do procedimento.

A sentença que destituir os genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que por força do disposto no art. 199-B do diploma estatutário, também incluído pela nova Lei, deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Os recursos interpostos serão processados com prioridade absoluta, devendo ser imediatamente distribuídos e colocados em mesa para julgamento sem revisão e com parecer urgente do Ministério Público (art. 199-C, ECA).

Caso não sejam obedecidos os prazos determinados pela nova redação do Estatuto ou, ainda, não seja conferida prioridade ao processo de destituição do poder familiar, poderá o *Parquet* requerer a instauração de procedimento para apuração de responsabilidades, nos termos do art. 199-E.

4.2.3 PARA A NOMEAÇÃO E A REMOÇÃO DE TUTOR

O Ministério Público possui **atribuição** para a promoção e o acompanhamento do procedimento para a nomeação ou remoção da tutela, conforme determina o art. 201, inc. III, do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.194 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, tal qual ocorre com o procedimento para suspensão ou perda do poder familiar, na nomeação e na remoção da tutela, caso o Ministério Público não participe da lide como requerente, deverá acompanhá-la a título de “*custos legis*”, certificando-se que os direitos da criança e do adolescente sejam, integralmente, respeitados.

A **tutela** é forma de colocação da criança ou do adolescente em família substituta (art. 28, ECA) e o seu deferimento pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar, implicando, necessariamente, no dever de guarda (art. 36, parágrafo único, ECA).

Da leitura da lei civil, em especial se considerado o Código Civil de 1916, a tutela parece ser destinada apenas à criança e ao adolescente

órfãos herdeiros, diante do grande número de dispositivos dedicados à administração de seu patrimônio, nas palavras de Venosa (2003, p. 400):

A tutela disciplinada pelo Código de 1916 era instituto destinado fundamentalmente à proteção e a administração dos bens do ‘menor’. Ao disciplinar a tutela, o legislador do Código Civil de 1916 e 2002 teve em mira, primordialmente, o ‘menor’ com patrimônio. A tutela também é referida no Estatuto da Criança e do Adolescente para os ‘menores’ sob seu enfoque, ‘em situação irregular’ [sic], embora pouca alteração tenha sido feita a estrutura do Código. Modernamente, a tutela deve ter uma compreensão mais ampla, fazendo com que o tutor assuma efetivamente as prerrogativas e deveres do poder familiar.

Na verdade, a tutela é instituto recomendável a todas as crianças e os adolescentes, pobres ou ricos, que, em decorrência da morte de seus pais ou em razão de decisão judicial, não podem mais conviver no seio de sua família de origem.

De acordo com a legislação civil, “*a tutela é função personalíssima, um mínus público. É um encargo, em princípio, irrenunciável [...], é também um encargo unipessoal*” (Venosa, 2003, p. 408/409). Todavia, não obstante o Código Civil não prever a nomeação de mais de um tutor, pela ótica estatutária, é indicado que, sempre que possível, seja indicado para a função um casal, pois, conforme acentua Venosa (2003, p. 411):

O intuito dessa legislação protetiva é integrar a criança e o adolescente na família substituta. Não existe forma melhor de fazê-lo, tal como na guarda e na adoção, do entregá-lo à proteção e ao carinho de um casal que lhe dê um lar.

Quanto ao caráter de **função pública** da tutela, **renunciável** apenas nas hipóteses exaustivamente previstas pelo art. 1.736 do Código Civil²³, deverá a autoridade judiciária e o Promotor de Justiça analisar a situação com muita cautela. Embora indisponível, não é conveniente destinar a tutela a quem não nutra qualquer laço de afeição pela criança ou pelo adolescente.

23 “**Art. 1.736.** Podem escusar-se da tutela: I - mulheres casadas; II - maiores de sessenta anos; III - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; IV - os impossibilitados por enfermidade; V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; VI - aqueles que já exerceram tutela ou curatela; VII - militares em serviço” (Código Civil).

A visão meramente civilista da tutela deverá ser superada pelo Ministério Público, servindo-se dessa como instrumento de garantia do direito fundamental à convivência familiar, e não apenas um meio de gerência de patrimônio do “civilmente incapaz”.

Quanto ao procedimento para a remoção ou nomeação de tutor, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou que sua disciplina dar-se-ia **pela lei processual civil** e, no que couber, pelos dispositivos relativos à perda e à suspensão do poder familiar, objeto de comentários no tópico anterior (art 164, ECA).

O **Código de Processo Civil** reserva uma seção do seu Livro de “Procedimentos Especiais” para tratar da matéria – “*Da Remoção e Dispensa de Tutor ou Curador*” –, disciplinando o procedimento nos seus **arts. 1.187 a 1.198**.

Para a **nomeação**, o tutor será intimado a prestar compromisso, no prazo de cinco dias, a contar da sua nomeação realizada em conformidade com o Código Civil²⁴ ou da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver indicado (art. 1.187, CPC).

Prestado o **compromisso por termo** em livro próprio, o tutor, antes de entrar em efetivo exercício da tutela, no prazo de dez dias, requererá a especialização em hipoteca legal de imóveis necessários para acautelar os bens que serão confiados à sua administração (art. 1.188, CPC), incumbindo ao *Parquet* a promoção da especialização de hipoteca legal se o tutor ou curador não a tiver requerido no prazo assinalado (art. 1.188, parágrafo único, CPC).

24 **Art. 1.728.** Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

[...]

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor: I - na falta de tutor testamentário ou legítimo; II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela; III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.

[...]

Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O tutor poderá eximir-se do encargo, apresentando escusa, em juízo, no prazo de cinco dias, sob pena de reputar renunciado o direito de alegá-la (art. 1.192, CPC). Apresentada escusa, a autoridade judiciária decidirá de plano. Caso não seja admitida, exercerá o nomeado a tutela até que dispensado por sentença transitada em julgado (art. 1.193, CPC).

O **procedimento para remoção** do tutor, por sua vez, deverá estar fundamentado em um dos motivos listados nos inc.s do art. 1.735 ou pelo *caput* do art. 1.766 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o ‘menor’, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o ‘menor’;

III - os inimigos do ‘menor’, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

[...]

Art. 1.766. Será destituído o tutor, quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade.

Recebida a inicial, a autoridade judiciária determinará a citação do tutor para apresentação de **defesa no prazo de cinco dias** (art. 1.195, CPC). Findo o prazo, não sendo contestado o pedido, aplicam-se os efeitos da revelia, presumindo-se aceitos como verdadeiros os fatos alegados, devendo o Juiz decidir a lide em outros cinco dias (art. 1.196 c/c art. 803, CPC).

De modo liminar ou incidental, nas hipóteses mais graves, poderá o magistrado **suspender do exercício** de suas funções o tutor, nomeando-lhe substituto interinamente (art. 1.197, CPC).

Ao final do procedimento, tendo a autoridade judiciária decidido pela remoção do tutor, deverá indicar seu substituto que assuma os deveres de guarda para com a criança ou o adolescente.

Não obstante, caso nenhuma conduta do tutor enseje sua remoção judicial, **os deveres da tutela extinguem-se**, conforme prevê o Código Civil, pela morte do tutor ou do tutelado, pela maioria ou emancipação do tutelado (art. 1.763, inc. I), pela adoção do tutelado ou pelo reconhecimento do estado de filiação por terceiro (art. 1.763, inc. II), quando expirar o termo em que era o tutor obrigado a servir (art. 1.764, inc. I), ou quando sobrevier escusa legítima ao exercício da tutela (art. 1.764, inc. II).

Pela legislação civil, quando nomeado, o tutor é obrigado a servir, no mínimo, pelo período equivalente a dois anos (art. 1.765, Código Civil), podendo, entretanto, esse prazo ser ampliado indeterminadamente sempre que a autoridade judiciária julgar oportuno e conveniente à criança e ao adolescente (art. 1.765, parágrafo único).

Cessadas as funções do tutor, em razão do decurso do prazo em que era obrigado a servir, é a ele permitido requerer a exoneração do encargo, porém, se não o fizer nos dez dias seguintes à expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo dispensado por força de decisão judicial (art. 1.198, CPC).

O **recurso** à decisão proferida ao final do procedimento para a remoção ou a nomeação do tutor será o de **Apelação**, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, ECA).

4.2.4 PARA A ESPECIFICAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Ministério Público **legitimidade** para “*promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores,*

curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98” (art. 201, inc. IV, ECA).

A legitimação conferida pelo art. 201 não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o Código de Processo Civil, pelo parágrafo único de seu art. 1.188, já fazia tal previsão.

A figura da “hipoteca legal”, também conhecida como “**garantia de tutela**”, impõe que o pretendo tutor indique em juízo tantos bens seus quanto bastem para garantir a boa administração do patrimônio do tutelado e, na sua impossibilidade, preste caução real ou fidejussória.

O Código Civil de 1916 estabelecia um rigor desproporcional a esse instituto, nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu, na redação original do seu art. 37, duas hipóteses de dispensa da hipoteca legal: quando o tutelado não possuisse bens ou rendimentos, ou o possuisse em valor suficiente tão-somente para sua própria manutenção, e quando os bens existentes constarem de instrumento público devidamente registrado.

Nas palavras de Venosa (2003, p. 415),

A tutela em si já é um ato de desprendimento do tutor que acresce às suas próprias responsabilidades a proteção e a administração dos bens do pupilo. Ao se levar em conta ao pé da lei as determinações do código antigo dificilmente se teria um tutor disponível: primeiro porque era de sumo transtorno a hipoteca de seus bens, em segundo porque o juiz, mediante a responsabilização que lhe faz a lei, teria dificuldade e reboços para nomear um tutor, , sendo, em síntese, co-responsável por sua administração. Por último, embora se saiba que a tutela é obrigatória, é de suma inconveniência atribuir o encargo a alguém, contra sua vontade. Por isso, e porque nossos órfãos não são ricos como regra, era comum que se dispensasse a hipoteca legal e outras formas de garantia, limitando-se o tutor a firmar compromisso. De outro modo, dificilmente se chagaria a tutela.

Os termos do art. 37, entretanto, deixaram de existir com a publicação da lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. De fato, tal determinação não fazia mais sentido, haja vista que o Código Civil de 2002 deslocou a hipoteca legal da regra para a **exceção**²⁵, exigindo-a apenas quando o

²⁵ Outrossim, de acordo com o art. 2.040 do Código Civil, o tutor que indicou bens à hipoteca legal

patrimônio da criança e do adolescente constituam elevado valor (art. 1.745, parágrafo único, CC). Todavia, ainda que seja configurada essa situação, a autoridade judiciária poderá dispensá-la se o tutor for pessoa reconhecidamente idônea.

Contudo, caso esteja configurada a exceção da lei civil, deverá sim ser prestada a hipoteca legal, cabendo ao membro do Ministério Público promover a sua especialização diante da omissão do tutor.

Impetrada a ação, o tutor será **intimado a prestar compromisso no prazo de cinco** dias contados da nomeação ou da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituído (art. 1.187, CPC).

Enquanto não for julgada a ação de especialização, a administração dos bens da criança e do adolescente, e a regência de sua pessoa, torna-se **incumbência do Ministério Público** (art. 1.189, CPC).

Caso não seja garantida a tutela, seja pela omissão do pretenso tutor, seja em razão da sua impossibilidade, a nomeação ficará sem efeito (art. 1.191, CPC).

O **recurso** à decisão proferida ao final da ação de especificação de hipoteca legal será o de **Apelação**, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, ECA).

4.2.5 PARA A PRESTAÇÃO DE CONTAS DO TUTOR E DO CURADOR

Ao Ministério Público foi conferida legitimidade para a promoção, de ofício ou por solicitação dos interessados, da ação de prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes (art. 201, inc. IV, ECA).

A ação de prestação de contas movida pelo Promotor de Justiça contra o tutor é a mesma que disciplina o **Código de Processo Civil**, ao longo de seus **arts. 914 a 919**.

no procedimento do Código Civil de 1916 poderá solicitar seu cancelamento, desde que seja pessoa reconhecidamente idônea.

Além do Ministério Público, a ação de prestação de contas pode ser impetrada tanto por aquele que tenha o direito de exigir a apresentação das contas, quanto pelo próprio tutor, que detém a obrigação de prestá-las (art. 914, CPC).

Impetrada a ação, será o tutor citado para, no prazo de **cinco dias, contestar** ou prestar contas. Prestadas as contas, terá o impetrante cinco dias para se manifestar sobre os cálculos (art. 915, CPC), para, então, ser designada **audiência de instrução** (art. 915, § 1º, CPC).

Contestada a lide, se julgada procedente a ação, será o tutor condenado a prestar contas no prazo de 48 horas (art. 915, § 2º, CPC). Depois de apresentadas as contas, será designada a audiência de instrução (art. 915, § 3º, CPC).

As contas deverão ser apresentadas sob a forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, além do respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos (art. 917, CPC). Havendo saldo credor declarado na sentença, o Ministério Público, ou quem impetrar a ação, promoverá sua cobrança em **execução forçada** (art. 918, CPC).

4.2.6 PARA A AÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere **legitimidade** ao Ministério Público para promover e acompanhar a ação de alimentos em favor de criança ou adolescente (art. 201, inc. III).

O direito aos alimentos é disciplinado pelo Código Civil, que permite aos *“parentes, cônjuges e companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”* (art. 1.694).

Ressalva-se, entretanto, que a legitimidade conferida ao Ministério Público limita-se aos alimentos destinados à criança, ao adolescente e ao incapaz, na forma da lei civil, logo, não abarca o pedido do cônjuge ou do companheiro desamparado.

Os alimentos deverão ser fixados na proporção das necessidades do

reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (art. 1.694, § 1º, CC). Serão devidos sempre que, de um lado, aquele que os pretende não possuir bens suficientes e nem poder prover a própria manutenção pelo seu trabalho, e, em posição contrária, aquele de quem se reclamam, puder fornecê-los, sem desfalque ao seu sustento (art. 1.695, CC).

Os pais separados devem contribuir para a manutenção de seus filhos na proporção de seus recursos (art. 1.703, CC). Na falta dos pais, a obrigação alimentar é transferida aos avós ou a outro parente em linha reta e, na falta desses, aos irmãos (art. 1.697, CC).

Outrossim, caso o parente mais próximo não possua condições de arcar integralmente com o encargo, serão os demais chamados a concorrer (art. 1.698, CC), obrigação que, inclusive, é transmitida com a sucessão aos herdeiros do devedor (art. 1.700, CC).

Recorda-se que a obrigação alimentar dos pais para com os filhos persiste mesmo nas hipóteses de a criança ou o adolescente estarem sob a guarda de terceiros, com exceção da guarda preparatória para a adoção, na forma do art. 33, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Da mesma forma, nas situações em que um ou ambos genitores forem afastados do lar em razão de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, a medida cautelar de afastamento deverá prever a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor (art. 130, parágrafo único, ECA).

Registre-se que, nem mesmo a destituição do poder familiar extingue a obrigação de prestar alimentos, haja vista que o encargo alimentar é uma obrigação unilateral, intransmissível, decorrente da condição de filho, que independe do poder familiar. Entendimento em sentido contrário, conforme leciona Dias (2007, p. 388) premiaria quem faltou com seus deveres.²⁶

A prestação pode ocorrer em espécie, ou seja, com a compra de

26 ECA. Incesto. Destituição do poder familiar. Impõe-se a destituição do poder familiar quando evidenciado que o pai abusava sexualmente da filha adolescente, não demonstrando condições para exercer a paternidade responsável. Alimentos. Fixação. Em se tratando de alimentos devidos em decorrência da destituição do poder familiar, pela prática de atos incestuosos, a pensão deve ser fixada de modo a atender às severas sequelas que o abuso sexual deixa, de forma definitiva na vítima, que jamais terá uma perfeita inserção social e a possibilidade de uma saudável relação afetiva. Assim, o valor da verba alimentar deve possibilitar o adequado acompanhamento psicológico. Negado provimento. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012117024. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 09/11/2005).

alimento, a disponibilidade de hospedagem, o pagamento de plano de saúde, entre outros meios (art. 1.701, CC), cabendo ao magistrado fixar a forma de sua prestação sempre que necessário (art. 1.701, parágrafo único, CC).

A Ação de Alimentos é processada por **rito especial, sumário** e mais **célere**, cuja disciplina ficou a cargo da Lei nº 5.478/1968, com os acréscimos da Lei nº 8.971/1994 – Lei da União Estável.

Recebida a inicial, independentemente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade (art. 1º da Lei nº 5.478/1968), a autoridade judiciária despachará a respeito do seu recebimento e fixará, imediatamente, **alimentos provisórios** a serem pagos pelo devedor/requerido (art. 4º da mesma Lei), que poderão ser revistos a qualquer tempo (art. 13, § 1º, da mesma Lei).

Em qualquer hipótese, os alimentos fixados retroagirão à data da citação (art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/1968), sendo devidos, até a decisão final, inclusive a do julgamento de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal de Justiça (art. 13, § 3º, da mesma Lei).

O **recurso** cabível contra a sentença que defere ou indefere o pedido de alimentos será o de **Apelação**, recebida apenas no **efeito devolutivo** (art. 14, *caput*, da Lei nº 5.478/1968), aliás, é importante destacar que a decisão judicial sobre alimentos nunca transita em julgado, sendo permitida a sua revisão diante da modificação da situação financeira dos interessados (art. 15, da mesma Lei).

4.2.7 AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Se o legislador conferiu ao Ministério Público legitimidade para ingressar com pedido de alimentos em favor da criança e do adolescente, por analogia, entende-se que essa legitimidade abarca também a sua **execução**.

A execução da sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia é matéria disciplinada pelos arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil e, tendo em vista o seu conteúdo, merecem ser apontadas algumas reflexões.

Primeiro, a respeito da possibilidade do **desconto em folha de pagamento** da importância referente aos alimentos, sempre que o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, ou empregado sujeito à legislação do trabalho (art. 734, CPC).

Segundo, acerca da **prisão civil** admitida pelo texto constitucional (art. 5º, inc. LXVII²⁷), prevista pelos §§ 1º, 2º e 3º do art. 733 do Código Processual Civil²⁸:

Em 2002, na Comarca de Joinville, um inusitado pedido de alimentos resultou em uma interessante sentença. Um adolescente órfão, sem qualquer vínculo com sua família de origem, domiciliado no abrigo transitório da Prefeitura de Joinville, às vésperas de completar dezoito anos, sem perspectiva de local para morar ou meios que garantissem sua subsistência, requereu o pagamento de prestação pecuniária a título de alimentos contra o Município de Joinville.

O magistrado deu provimento ao pedido por entender que o Poder Público descumpriu os deveres que tinha com o adolescente, não lhe conferindo o convívio familiar, a integração com a comunidade e seu desenvolvimento pleno, condenando, por fim, a municipalidade ao pagamento de prestação mensal equivalente a três salários mínimos, até os vinte e um anos do adolescente.

Apesar do juízo *ad quem* ter reformado a sentença, por julgar o pedido juridicamente impossível, é importante que sejam oxigenados os entendimentos jurídicos e formuladas estratégias de cobrança por uma resposta às instituições de acolhimento, feitas pelo Poder Público e pela sociedade, sistema que se mostrou, até os dias de hoje, incapaz de proporcionar o que se propõe, uma vez que afasta a criança e o adolescente do conceito de cidadania.

27 LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

28 **Art. 733.** Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

4.3 O PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM ENTIDADES DE ATENDIMENTO

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o procedimento para a apuração de irregularidades em entidade de atendimento à criança e ao adolescente, seja governamental ou não, terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar (art. 191).

Da leitura do art. 191, compreende-se que, além de ser permitida ao magistrado a atuação *ex officio*, são legitimados, em iguais condições, para a propositura do procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, o Ministério Público e o Conselho Tutelar.

As entidades de atendimento encontram sua disciplina no Capítulo II, do Título I, Parte Especial da Lei nº 8.069/1990 – do art. 90 a 97 -, sendo individualmente responsáveis tanto pela manutenção de suas unidades quanto pelo planejamento e pela execução de seus programas (art. 90, *caput*, ECA).

Os programas de proteção ou socioeducativos, sempre destinados a criança ou ao adolescente, poderão funcionar em regime de: a) orientação e apoio social e familiar; b) apoio socioeducativo em meio aberto; c) colocação familiar; d) acolhimento institucional; e) liberdade assistida; f) semiliberdade; e g) internação (art. 90, ECA).

O funcionamento das entidades está condicionado à inscrição de seus programas no **Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente**, ao qual, por sua vez, incumbe a manutenção dos registros e das respectivas alterações e a comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária cuja circunscrição abrigue o Município (art. 190, parágrafo único).

As entidades destinadas aos programas de acolhimento deverão orientar-se pelos princípios listados pelo art. 92 do Estatuto, *in verbis*:

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

I - preservação dos vínculos familiares e promoção da

reintegração familiar;

II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;

III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;

IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;

V - não desmembramento de grupos de irmãos;

VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;

VII - participação na vida da comunidade local;

VIII - preparação gradativa para o desligamento;

IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

§ 1º O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

§ 2º Os dirigentes de entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional remeterão à autoridade judiciária, no máximo a cada 6 (seis) meses, relatório circunstanciado acerca da situação de cada criança ou adolescente acolhido e sua família, para fins da reavaliação prevista no § 1º do art. 19 desta Lei.

§ 3º Os entes federados, por intermédio dos Poderes Executivo e Judiciário, promoverão conjuntamente a permanente qualificação dos profissionais que atuam direta ou indiretamente em programas de acolhimento institucional e destinados à colocação familiar de crianças e adolescentes, incluindo membros do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar.

§ 4º Salvo determinação em contrário da autoridade judiciária competente, as entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, se necessário com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, estimularão o contato da criança ou adolescente com seus pais e parentes, em cumprimento ao disposto nos inc.s I e VIII do caput deste artigo.

§ 5º As entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional somente poderão receber recursos públicos se comprovado o atendimento dos princípios, exigências e finalidades desta Lei.

§ 6º O descumprimento das disposições desta Lei pelo dirigente de entidade que desenvolva programas de acolhi-

mento familiar ou institucional é causa de sua destituição, sem prejuízo da apuração de sua responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Por sua vez, as entidades que desenvolvem programas de internação devem observar, rigorosamente, as obrigações que lhe são impostas pela Lei nº 12594/2012, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas e, especialmente, pelo art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;

III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;

IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;

V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;

VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;

VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;

VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;

IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;

X - propiciar escolarização e profissionalização;

XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;

XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;

XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso;

XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;

XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;

XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;

XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;

XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;

XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;

XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

§ 1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste art. às entidades que mantêm programa de acolhimento institucional.

§ 2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

A fiscalização das entidades é atribuição conjunta do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Conselho Tutelar (art. 95, ECA), exatamente as três instituições competentes para o impulso inicial do procedimento judicial para apuração de irregularidade.

A fiscalização das entidades de atendimento, matéria regulamentada pelos arts. 95, 96 e 97 do Estatuto, é atividade extrajudicial, cujos comentários serão objeto de capítulo próprio

Uma vez impetrado o procedimento para apuração de irregularidade – independentemente se por portaria da autoridade judiciária, por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, o dirigente da entidade será **citado** para, em **dez dias**, oferecer **resposta** escrita, juntar documentos e indicar seus meios de prova (art. 192, ECA).

Havendo motivos graves, poderá o magistrado decretar o **afas-**

tamento provisório do dirigente, devendo, para tanto, ouvir antes o representante do Ministério Público (art. 191, parágrafo único, ECA).

Independentemente da apresentação da resposta, caso seja necessário, deverá ser designada **audiência de instrução e julgamento**, oportunidade em que, preferencialmente, serão apresentadas as **alegações finais**. Caso as alegações não sejam proferidas em audiência, é reservado ao Ministério Público o prazo de cinco dias, para sua formulação, por meio de peça escrita (art. 193, *caput* e § 1º, ECA).

Depois de apresentadas as alegações ministeriais, a autoridade judiciária deverá decidir a lide no prazo de cinco dias (art. 193, § 1º, ECA), imputando ao dirigente, sempre que necessário, uma das **medidas** listadas pelo art. 97, quais sejam:

Art. 97. São medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem obrigação constante do art. 94, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos:

I - às entidades governamentais:

- a) advertência;
- b) afastamento provisório de seus dirigentes;
- c) afastamento definitivo de seus dirigentes;
- d) fechamento de unidade ou interdição de programa.

II - às entidades não-governamentais:

- a) advertência;
- b) suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas;
- c) interdição de unidades ou suspensão de programa;
- d) cassação do registro.

§ 1º Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, deverá ser o fato comunicado ao Ministério Público ou representado perante autoridade judiciária competente para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade.

§ 2º As pessoas jurídicas de direito público e as organizações não governamentais responderão pelos danos que seus agentes causarem às crianças e aos adolescentes, caracterizado o descumprimento dos princípios norteadores das atividades de proteção específica.

O **recurso** à decisão proferida ao final do procedimento para apuração de irregularidade em entidade de atendimento será o de **Apelação**, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), respeitado, todavia, o **prazo de dez dias** (art. 198, inc II, ECA).

4.4 A AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO EM RAZÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

As infrações administrativas são forma de expressão do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência Estatal na esfera privada, porquanto restringir direitos individuais em nome da coletividade.

A natureza do procedimento de apuração da infração administrativa não é entendimento unânime. De um lado, doutrinadores como Valter Kenji Ischida defendem a natureza administrativa do procedimento. Na mão oposta, doutrinadores como Patrícia Pimentel O. C. Ramos optam pela natureza jurisdicional.

Não obstante a plausibilidade das duas correntes doutrinárias, considerando que o próprio Estatuto imputou competência a Justiça da Infância e da Juventude para a aplicação de penalidade administrativa nos casos de infração contra norma de proteção a criança e ao adolescente (art. 148, inc. VI, ECA), parece latente a natureza jurisdicional do seu procedimento.

Outrossim, conforme expõe Ramos (2007, p. 633):

A violação de um preceito normativo, caracterizando uma infração administrativa, faz nascer o direito subjetivo da sociedade de exigir o respeito à ordem jurídica vigente.

[...]

Pela sistemática do Estatuto, tal pretensão da sociedade deve se exigir judicialmente, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Tutelar, ou através de servidores públicos credenciados para tal, perante a Vara da Infância e da Juventude. A aplicação da penalidade pressupõe a intervenção do Poder Judiciário. E essa intervenção não

é meramente administrativa, pois é função do processo judicial compor a lide, resolver os conflitos segundo a ordem jurídica estabelecida.

Dessa forma, por todo o exposto, a divergência doutrinária não possui respaldo, uma vez que, da leitura da letra da lei, conclui-se pela natureza jurídica do procedimento para apuração de infração administrativa às normas de direito da criança e do adolescente.

Assim, certa sua natureza jurisdicional, optou-se pela exposição da matéria neste capítulo quarto em vez do capítulo em que tratamos da atuação do representante do Ministério Público em questões extrajudiciais.

Isso posto, antes de iniciar a discussão acerca das questões relativas ao procedimento de apuração de infração administrativa, é necessário falar brevemente a respeito das infrações administrativas, listando-as e tecendo os comentários necessários.

4.4.1 AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRA AS NORMAS PROTETIVAS

Como destacado acima, as infrações administrativas representam uma das formas de manifestação do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência do Poder Público na esfera particular, por meio da restrição de direitos individuais, em nome da coletividade.

Na definição proposta por Ramos (2007, p. 394),

[...] as infrações administrativas são condutas contrárias a preceitos normativos que estabelecem uma ingerência do Estado na vida do particular, seja pessoa física ou jurídica, com vistas à proteção de interesses tutelados pela sociedade, com sanções de cunho administrativo, ou seja, restritivas de direitos, mas não restritivas de liberdade, geralmente importando num pagamento de uma multa pecuniária, suspensão do programa ou da atividade, fechamento de estabelecimento, apreensão do material inadequado ou simples advertência.

E continua:

Em termos de escolha legislativa, o que representa um mero ilícito administrativo hoje poderá a vir um ilícito penal amanhã e vice-versa. Há uma consideração valorativa feita pelo legislador quanto a certos bens jurídicos, tendo como consequência a cominação de penas mais leves ou mais graves aos realizadores das condutas potencialmente ofensivas.

Desse modo, apesar de seus efeitos serem diferentes, não há uma distinção explícita entre a sanção de natureza penal e a sanção de natureza administrativa, à medida que ambas decorrem da desobediência a uma norma de conduta e de controle social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente optou, como sanção da infração administrativa, penalidade pecuniária, que foi quantificada em “salário referência”. Contudo, a Lei nº 7.789/1989, em seu art. 5º, extinguiu as figuras do “salário mínimo de referência” e do “piso nacional de salários”, passando a vigorar apenas o salário mínimo.

A redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto, manteve intacto o termo “salário referência”, situação que encontrou divergências na doutrina: uma corrente entende pela sua substituição pelo salário mínimo, a outra defende que essa simples alteração implicaria a modificação da sanção, uma vez que acarretaria na elevação do valor das multas, preferindo então a atualização do salário de referência, adotando-se como índice legal o INPC²⁹.

Outrossim, a doutrina também se questiona se o instituto da **prescrição** é aplicável às infrações administrativas tal qual ocorre na esfera penal ou conforme é disciplinado pelo direito civil, havendo julgados em ambos os sentidos.

No entanto, independentemente de ter o procedimento natureza jurisdicional ou administrativa, a multa prevista pela legislação estatutária possui evidente natureza administrativa, conquanto revertidas ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente (Ramos, 2007, p. 412).

Dessa forma, é correto o entendimento do Superior Tribunal de

29 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 50829/RJ. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 18/fev/2003.

Justiça, que defende a aplicação da prescrição quinquenal:

Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC. Multa do art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Prescrição. Prazo quinquenal. Precedentes do STJ. 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta. 2. “A multa imposta com supedâneo no art. 258 da Lei nº 8.069/90, cognominado Estatuto da Criança e do Adolescente, denota sanção de feição administrativa e, a fortiori, subsume-se às regras de Direito Administrativo, cujo prazo prescricional para a cobrança é quinquenal” (REsp 850.227/RN, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ 27.02.2008).

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 892941/RN. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em 23/04/2009).

4.4.2 AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE

O Estatuto da Criança e do Adolescente previu e disciplinou às infrações administrativas cometidas contra as normas de proteção à criança e ao adolescente, o que pode ser observado pela leitura dos arts. 245 ao 258-B, que seguem abaixo transcritos e comentados:

Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Trata-se de infração de ação própria, uma vez que o sujeito ativo é pré-determinado - médico, professor ou responsável por estabelecimento de saúde ou ensino. Com a infração do art. 245, o legislador estatutário buscou efetivar o que determina, em sua parte geral, pelo

art. 13 – “os casos de suspeita ou confirmação de maus tratos contra criança e adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade”.

Com relação aos estabelecimentos de ensino, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 56, firmou que seus dirigentes tem o dever de comunicar ao Conselho Tutelar todos os casos de maus-tratos envolvendo seus alunos, sendo suficiente para tanto a mera suspeita.

Art. 246. Impedir o responsável ou funcionário de entidade de atendimento o exercício dos direitos constantes nos inc.s II, III, VII, VIII e XI do art. 124 desta Lei:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A infração administrativa acima busca assegurar o fiel cumprimento de algumas garantias do adolescente privado de liberdade, quais sejam: 1) peticionar diretamente a qualquer autoridade (art. 124, inc. II, ECA); 2) avistar-se, reservadamente, com seu defensor (art. 124, inc. III, ECA); 3) receber visitas, ao menos, semanalmente (art. 124, inc. VII, ECA); 4) correspondência com seus familiares e amigos (art. 124, inc. VIII, ECA); e 5) receber escolarização e profissionalização (art. 124, inc. XI, ECA).

Vale destacar que os direitos a que a infração administrativa prevista no art. 246 almeja preservar, possuem respaldo nas “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade”, em especial nos itens 60, 61, 76 e 78;

Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§ 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

§ 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou

emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste art., a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. (Expressão declarada inconstitucional pela Adin nº 869-2)

A infração do art. 247 tutela a privacidade da criança e do adolescente, em coerência com o que impõe o art. 143 do mesmo Estatuto, que estabelece o sigilo obrigatório dos atos administrativos, policiais e judiciais que digam respeito ao comportamento infracional do adolescente.

Para a configuração da infração do art. 247, a identificação pode ser direta ou indireta, como pela publicação da identidade dos pais do adolescente, do seu endereço ou, até mesmo, pela publicação das iniciais do nome e sobrenome.³⁰

Digiácomo (2010, p. 307) destaca, outrossim, que é irrelevante para a caracterização da infração descrita no art. 247 a existência de dolo, sendo suficiente a simples constatação de publicação e divulgação indevidas.

Não obstante, precisa ser mencionado que a expressão final do § 2º - “ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números” – foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 4 de agosto de 1999, por ocasião do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 869-2³¹.

30 Apelação Cível. Ação de Indenização por Dano Moral. Editora de jornal. Publicação de foto de menor suspeito de infração. Possibilidade de identificação no meio em que vive e por conhecidos. Afronta à Constituição da República e ao ECA. Inviolabilidade da imagem. Arts. 17, 143 e 247 ECA. Possibilidade de se cogitar a teoria do risco. Responsabilidade objetiva. Inteligência do parágrafo único do art. 927 do CPC: “(...) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Certa a ocorrência de dano moral. in re ipsa. ainda, regras do ECA são rígidas. Mera divulgação de fotografia de menor de idade configura dano indenização devida. Recurso não provido. (Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 837781-3. Relator Des. Denise Antunes. Julgado em 14/06/2012).

31 “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal 8069/90. Liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação. impossibilidade de restrição. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu art. 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”. (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 869-2/DF. Relator: Min. Ilmar

Art. 248. Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.

A infração administrativa indicada no art. 248 sempre foi cercada por bastante polêmica, vez que o legislador, ao determinar a necessidade de disciplinar a guarda de adolescente, permitiu que meninos e meninas viajassem para longe dos pais, privando-se da convivência familiar, para prestarem serviços domésticos.

No entanto, com a publicação do Decreto nº 6.481/2008, que regulamentou as piores formas de trabalho infantil, a infração do art. 248 perde seu sentido, haja vista que ficou proibido o desempenho de trabalhos domésticos por menores de 18 anos.

Dessa forma, como o adolescente não poderá prestar nenhuma modalidade de serviço doméstico, não há que se falar em regulamentação de guarda.

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A infração administrativa do art. 249 almeja proteger a criança e o adolescente do descumprimento do exercício da atividade de cuidado e proteção decorrente da autoridade familiar dos pais, do tutor ou do guardião.

Os deveres inerentes ao poder familiar correspondem a todos aqueles necessários para proporcionar ao filho menor não emancipado todas as condições possíveis de criação e desenvolvimento de sua

Galvão. Julgado em: 4/8/1999).

personalidade, numa atmosfera de proteção, amor, carinho, assistência e responsabilidade.

Na esfera legislativa, os deveres decorrentes do poder familiar encontram disciplina no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 21 a 24) e no Código Civil (arts. 1.630 a 1.638), sendo que apenas aquele que detém o poder familiar estará sujeito à sanção.³²

Vale destacar, entretanto, que caso o descumprimento decorra, exclusivamente, da total impossibilidade financeira dos genitores, ao invés de penalizá-los com a aplicação da multa, o que colocaria a família em uma situação ainda pior, o Promotor de Justiça deverá promover a inclusão da família em programas sociais.

Art. 250. Hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável, ou sem autorização escrita desses ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congêneres:

Pena – multa.

§ 1º Em caso de reincidência, sem prejuízo da pena de multa, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até 15 (quinze) dias.

§ 2º Se comprovada a reincidência em período inferior a 30 (trinta) dias, o estabelecimento será definitivamente fechado e terá sua licença cassada.

A infração do art. 250 busca penalizar àquele que, em desobediência às determinações do art. 82, hospede criança ou adolescente desacompanhado e sem a autorização de seus pais ou responsável.

A não-remuneração pela hospedagem não desfigura a infração administrativa, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente não fez distinção entre a que se dá a título gratuito e a que é onerosa.

O objetivo final é eliminar um fator facilitador do abuso e da exploração sexual infantojuvenil, que, muitas das vezes, ocorre no interior de estabelecimentos destinados à hospedagem.

³² Estatuto da Criança e do Adolescente – Infração Administrativa – Art. 249 da Lei n. 8.069/90 – Apresentação oferecida pelo Conselho Tutelar contra Secretário Municipal da Educação pelo não cumprimento de requisição de vaga em Centro de Educação Infantil – Norma dirigida exclusivamente aos detentores de pátrio poder, tutela ou guarda – Recurso ministerial desprovido. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 2005.006655-3. Relator Des. José Carlos Carstens Köhler. Julgado em 26/04/2005).

Por fim, destaca-se que art. 250 teve sua redação modificada pela Lei nº 12.038, de 1º de outubro de 2009, que, entre outros, incluiu a possibilidade de fechamento do estabelecimento pela prática reiterada da infração.

Art. 251. Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta Lei:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Os arts. 83, 84 e 85, todos da Parte Geral do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuidam da autorização para viajar.

O art. 83 determina que nenhuma criança (até doze anos incompletos) poderá viajar para fora da comarca onde reside (exceto a contínua a sua residência ou aquela inserida na mesma região metropolitana) desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.

O art. 84, por sua vez, é aplicável tanto à criança quanto ao adolescente, vez que estabelece as duas únicas hipóteses de dispensa da autorização judicial para viagem ao exterior, quais sejam: 1) quando a criança e o adolescente estiverem acompanhados pelos dois genitores; e 2) quando a criança e o adolescente viajarem na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro por meio de documento com firma reconhecida.

Por fim, o art. 85 determina que, sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

Vale destacar que a concessão para a autorização de viagem de crianças e adolescentes brasileiros para o exterior tem disciplina na Resolução nº 131, de 26 de maio de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que deverá ser observada.

Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A infração administrativa do art. 252 propõe-se a proteger a formação da criança e do adolescente, determinando a fixação, em local visível, de informações a respeito da natureza do espetáculo e a faixa etária a que se destina.

Considerando a expressão “entrada do local de exibição”, subentende-se que a obrigatoriedade de fixação das informações a que faz referência o art. 252 pressupõe local de trânsito não livre, ou seja, com local específico de entrada (Ramos, 2007, p. 452).

Diante disso, festas e eventos realizados ao ar livre, nos espaços de estabelecimentos públicos (como escolas) ou privado (como *shoppings*), desde que abertos ao público geral, estão dispensados da fixação de tais informações, por se pressupor serem de classificação livre. De outro lado, os cinemas, os teatros, os circos e as casas de eventos e *shows*, por realizarem suas atividades em locais fechados, admitindo-se o controle de entrada, deverão se adequar às determinações do art. 252.

Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu à criança e ao adolescente o “*direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*” (art. 71, ECA).

O objeto a que o art. 253 pretende proteger é a integridade psíquica, moral e intelectual da criança e do adolescente, para que estes não sejam expostos a temas inapropriados para sua idade.

Dessa forma, por lhes serem garantidos serviços próprios a sua faixa etária, os responsáveis pelo espetáculo ou pela exibição deverão tanto expor a idade a que se destinam quanto impedir a entrada daqueles que não a houver alcançado.

Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

Os horários de transmissão são regulados pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria do nº 1.220, de 11 de julho de 2007, que determina as diretrizes relativas ao processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres.³³

Vale fazer a ressalva de que a Portaria do Ministério da Justiça é alvo de diversas controvérsias, especialmente no que tange à restrição de exibição dos programas considerados inapropriados em determinados horários, uma vez que poderia, em tese, estar ferindo o princípio constitucional da liberdade de expressão e à proibição a qualquer tipo de restrição à manifestação do pensamento (art. 5º, inc. IX, CF).

Nesse sentido, várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram interpostas, contudo, em todas elas (ADI 392/MC, ADI 2398-AgR, ADI 3907, ADI 3927), o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pelo entendimento de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não constitui via adequada para a impugnação de atos que se revelaram flagrantemente regulamentares.

Da mesma forma, a jurisprudência vem se posicionando pela legalidade dos seus termos, já podendo serem localizados diversas decisões pautadas nas Portarias emanadas pelo Ministério da Justiça³⁴.

33 A Portaria nº 1.220 (Classificação Indicativa), que se encontra nos anexos deste Manual, está também disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça: <<http://www.mj.gov.br/classificacao>> Acesso em: 14/dez/2012.

34 Recurso Especial. Ausência de violação dos arts. 535, II; 458, II E 131, todos do CPC. Não-ocorrência de conexão. Transmissão de filme em horário impróprio, segundo Portaria do Ministério da Justiça. Legitimidade ativa da retransmissora. Revisão do valor da multa. Incidência da Súmula 07/STJ. [...] Nesse sentido, independentemente de se tratar de geradora ou retransmissora de imagens, a sentença terá eficácia para todas. Dessa forma, como bem registrou o Ministério Público Federal, “não há nenhuma impropriedade em responsabilizar a recorrente pela transmissão de filme, ainda que a geração das imagens tenham emanado da TV SBT, Canal 4, de São Paulo” (fl. 196). Mais a mais, o artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como infração administrativa o ato de “transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação”. Dessarte, a recorrente, que transmitiu, “fora do horário recomendado para o público infanto-juvenil, o filme ‘Os Últimos Durões’, sem qualquer finalidade educativa, artística, cultural ou informativa” (fl. 74), é parte legítima para figurar no pólo

Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congêneres classificado pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

A infração do art. 255 almeja a proteção do desenvolvimento e da formação da criança e do adolescente, proibindo a exibição de filmagem com conteúdo inadequado à criança ou ao adolescente.

Os filmes e congêneres, assim como as transmissões de rádio e televisão, encontram disciplina na Portaria nº 1.220/2007, do Ministério da Justiça, que foi comentada na página anterior.

É importante ressaltar que, nos casos em que a classificação indicativa da peça teatral ou do filme exibido for acima dos 18 anos, não deverá ser permitida a entrada de criança ou adolescente, ainda que haja autorização expressa dos pais ou, ainda, que estes acompanhem os filhos.³⁵

Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

passivo da presente ação, independentemente da geração das imagens ter sido efetuada por outra empresa. Saliente-se, outrossim, que in casu não tem aplicação o artigo 149 do ECA, que cuida de Portaria do Juízo da Infância e da Juventude, pois a Portaria mencionada nos autos é do Ministério da Justiça, órgão competente para regulamentar as diversões e espetáculos públicos. [...] Recurso especial improvido. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 649292/SP. Relator: Min. Franciulli Netto. Julgado em 21/06/20105).1

- 35 Direito Civil. Infância e Juventude. Menor e seu pai retirados do interior da sala de cinema. Filme impróprio e não recomendável à idade do primeiro. Classificação indicativa proibitiva. Conduta do exibidor de filmes que se revela adequada ao princípio da prevenção especial. Cumprimento do dever legal. Os pais, no exercício do poder familiar, têm liberdade, ressalvados os limites legais, para conduzir a educação de seus filhos, segundo os preceitos morais, religiosos, científicos e sociais que considerem adequados. O ECA, como a maior parte da legislação contemporânea, não se satisfaz com a simples tarefa de indicar os meios legais para que se reparem os danos causados a este ou aquele bem jurídico. O legislador, antes de tudo, quer prevenir a ocorrência de lesão aos direitos que assegurou. Foi com intuito de criar especial prevenção à criança e ao adolescente que o legislador impôs ao poder público o dever de regular as diversões e espetáculos públicos, classificando-os por faixas etárias (art. 74, ECA). [...]. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1072035/RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 28/04/2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 256, penaliza o proprietário, diretor, gerente e funcionário de empresas exploradoras da venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo que não acatam as determinações do art. 77, *caput*, na parte geral da Lei.

Ainda, por determinação do parágrafo único do art. 77, as fitas VHS e os DVDs deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam, uma simples determinação que permite o controle das informações acessíveis à criança e ao adolescente, inclusive por parte dos pais e do responsável.

Vale recordar que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi publicado em 1990, tendo a redação do art. 256 se mantido conforme o texto original. Assim, por analogia, também se aplicam as mesmas restrições às outras mídias digitais, como é o caso do Blu-Ray.

Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

Os arts. 78 e 79, ambos da parte geral do Estatuto, cuidam os materiais impressos – revistas e outras publicações. O art. 78 determina que as publicações com material impróprio à criança e ao adolescente sejam comercializadas em embalagens lacradas, com advertência de seu conteúdo. O art. 79, por sua vez, veda o anúncio, a ilustração e a referência a bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições em publicação destinada ao público infantojuvenil.

Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

A infração administrativa prevista no art. 258 visa a proteger a formação da criança e do adolescente, penalizando o responsável pelo estabelecimento ou o empresário que não observa as disposições do art.

80, na Parte Geral do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual impõe aos responsáveis por estabelecimentos que “*explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realize apostas, ainda que eventualmente, cuidar para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público em geral*”.

Art. 258-A. Deixar a autoridade competente de providenciar a instalação e operacionalização dos cadastros previstos no art. 50 e no § 11 do art. 101 desta Lei:

Pena - multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas a autoridade que deixa de efetuar o cadastramento de crianças e de adolescentes em condições de serem adotadas, de pessoas ou casais habilitados à adoção e de crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar.

A infração administrativa indicada no art. 258-A foi incluída no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 12.010/2009, conhecida como a Lei Nacional da Convivência Familiar e Comunitária.

A autoridade competente indicada pelo *caput* é o próprio Juiz da Infância e da Juventude, haja vista que a ele ficou incumbido os cadastros referenciados no art. 50 (cadastro com o registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção) e no art. 101, §11 (cadastro contendo informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional sob sua responsabilidade).

Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção:

Pena - multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo.

O art. 258-B, assim como seu antecessor, foi incluído ao texto estatutário pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Almeja o cumprimento integral dos termos do parágrafo único do art. 13, da Parte Geral do Estatuto, determinando que as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção sejam, obrigatoriamente, encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude, evitando-se a comercialização de bebês e a prática da “adoção à brasileira”.

4.4.3 O PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere **legitimidade** ao Ministério Público para representar em juízo, visando à aplicação de penalidade, por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível (art. 201, inc. X, ECA).

A legitimidade para ingressar com o procedimento para imposição de penalidade administrativa se dá de maneira concorrente entre o **Parquet**, o **Conselho Tutelar** e o **servidor público**, efetivo ou voluntário, credenciado na Justiça da Infância e da Juventude, aqueles, por meio da representação, e este último, pela elaboração de auto de infração (art. 194, ECA).

Interposto o procedimento, o requerido será **citado**³⁶ de acordo com as hipóteses estabelecidas pelos inc.s do art. 195 do Estatuto: “*I - pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do requerido; II - por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado, que entregará cópia do auto ou da representação ao requerido, ou a seu representante legal, lavrando certidão; III - por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o requerido ou seu representante legal; IV - por edital, com prazo de trinta dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do requerido ou de seu representante legal*”.

A contar da citação, o requerido deverá apresentar sua defesa no **prazo de dez dias** (art. 195, *caput*, ECA), sob pena de ser o procedimento imediatamente encaminhado para **vista do Ministério Público**,

³⁶ O Estatuto fala em “intimação”, todavia, por ser necessário um instrumento capaz de chamar o requerido ao pólo negativo da lide, o procedimento adequado será o da citação.

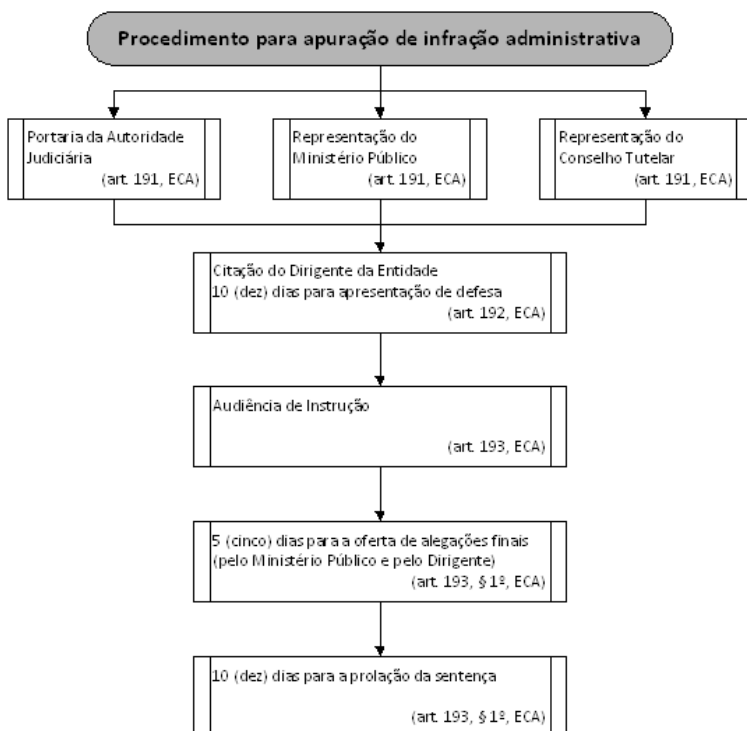
no **prazo de cinco dias**, e seguir, para **decisão**, em **igual prazo** (art. 196, ECA).

De outro lado, apresentada a defesa, sempre que necessário, deverá ser designada audiência **de instrução e julgamento**, ocasião em que serão colhidos depoimentos do requerido e das eventuais testemunhas (art. 197, ECA).

Na parte final da audiência, deverá ser aberto o prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, para o defensor do requerido e o representante do Ministério Público formularem, sucessivamente, suas **alegações finais de maneira oral** (art. 197, parágrafo único, ECA).

Ao término das alegações, deverá a autoridade judiciária proferir sua decisão, contra a qual é cabível o **recurso de Apelação**, nos moldes disciplinados pelo Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, ECA).

Para facilitar a visualização do procedimento em questão, valemo-nos do seguinte fluxograma:



4.4.4 A EXECUÇÃO DAS MULTAS COMINATÓRIAS

Em regra, compete àquele que deu início ao procedimento em que foi proferida a sentença que determinou a aplicação da multa, a promoção de sua execução.

Contudo, a Lei nº 8.069/1990, ainda que não tenha estabelecido uma verdadeira exceção, estabeleceu uma importante faculdade ao Ministério Público: *“as multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”* (art. 214, § 1º).

Os valores arrecadados com as multas serão revertidos a um fundo específico a ser criado pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo Município em que se deu a infração administrativa (arts. 154 c/c 214, ECA).

Caso o fundo, apesar dos dezoito anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não tenha sido criado em determinado Município, deverão os valores pecuniários ser depositados em estabelecimento bancário oficial, em conta poupança ou outra equivalente, até que Lei Municipal o institua e discipline.

Vale recordar que, em Santa Catarina, o Ministério Público Estadual, em 1997, promoveu uma ação para a criação, em todos os Municípios catarinenses, dos seus respectivos Fundos e Conselhos. Hoje, o Estado orgulha-se de ter, em seus 293 Municípios, todos os Fundos Municipais da Infância e da Adolescência devidamente implementados.

4.5 A AÇÃO PENAL DIANTE DOS CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Ministério Público é, por força do art. 129, inc. I, da Constituição Federal, o único titular da Ação Penal Pública. Dessa forma, é função do Promotor de Justiça ingressar com a Ação Penal decorrente da prática

dos crimes contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, assim definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 228 a 244).

A prática de crimes contra a criança e o adolescente é um problema mundial e urgente. Em agosto de 2006, a Comissão dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas emitiu relatório apresentando os resultados do estudo sobre a violência contra a criança, que havia sido solicitado, em 2001, pela Assembléia Geral, por sua Resolução nº 56/138.³⁷

O impressionante estudo abarca a violência contra a criança e o adolescente nas mais diversas esferas – na família, na escola, na instituição de acolhimento, nas instituições de privação de liberdade, no ambiente de trabalho, na comunidade e nos campos de refugiados – e seu resultado revela uma assustadora realidade.

No quesito “violência sexual”, o estudo concluiu que a maior parte das agressões ocorrem dentro do círculo familiar da vítima. Os estudos realizados em 21 países (em boa parte, países ditos desenvolvidos), noticiaram que de 7% a 36% das mulheres e de 3% a 29% dos homens relataram ter sido vítimas de violência sexual na infância. Ainda, na maioria dos países estudados, foi observado que as meninas sofreram abusos numa proporção até três vezes mais alta que os meninos.

O relatório indica um estudo “multi-países” realizado pela Organização Mundial da Saúde, pelo qual foi apurado que entre 1% e 21% das mulheres relataram que haviam sofrido abuso sexual antes de completarem 15 anos, na maioria dos casos, por parte de parentes do gênero masculino que não eram o pai ou o padrasto.

Outro grave problema indicado, no relatório, consiste na ausência de regulamentação de idades mínimas para o consentimento sexual e para o casamento em diversos países. É estimado que 82 milhões de meninas casam-se antes de completarem 18 anos de idade, muitas ainda crianças (menos de 12 anos), e contra a sua vontade.

Uma outra estatística que também assusta é a estimativa de crianças que testemunham violência doméstica. Imagina-se que de 133 a 275 milhões de crianças, em todo o mundo, anualmente, são expostas a brigas

37 Organização das Nações Unidas. **Relatório do Estudo das Nações Unidas sobre a Violência Contra Crianças**. Versão em língua portuguesa disponível in: <http://www.andi.org.br/_pdfs/Estudo_PSP_Portugues.pdf> Acesso em: 17/jul/2008.

físicas entre os pais, ou entre a mãe e seu parceiro. Estudos realizados na China, na Colômbia, no Egito, no México, nas Filipinas e na África do Sul correlacionaram a violência contra mulheres e a violência contra crianças, concluindo pela sua estreita conexão.

Não obstante a violência de gênero e sexual, o mesmo estudo aponta que entre 80% e 95% das crianças e dos adolescentes de todo o mundo sofrem castigos corporais no lar, como meio educacional e corretivo³⁸.

Ainda se apurou que, nas entidades assistenciais – abrigos, lares para crianças, internatos, orfanatos, cárceres juvenis, etc. –, e mesmo nas escolas, é muito comum a relação de domínio e violência exercida pelas autoridades responsáveis pelo bem-estar da criança e do adolescente. Inclusive, descobriu-se que os castigos corporais são permitidos pela legislação da maioria dos países³⁹.

Aliás, muito embora tenham os Estados Membros da ONU se comprometido, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, pelo seu art. 37⁴⁰, a utilizar a medida de privação de liberdade contra a

38 Murray Straus, professor da Universidade americana de New Hampshire, em uma pesquisa realizada ao longo de dois anos, com 3.780 famílias, revelou que a agressão contra crianças e adolescentes como método punitivo por seus comportamentos agressivos, na verdade, tornavam-nas ainda mais agressivas, e, ainda, as submetidas a frequentes surras demonstravam maior índice de comportamento anti-social. Para a realização de sua pesquisa, Straus levou em consideração alguns fatores – como renda familiar, sexo das crianças e adolescentes, nível intelectual dos pais, apoio emocional, estímulos mentais – todavia, concluiu que o comportamento anti-social da criança ou do adolescente não estava relacionado a nenhuma destas variáveis, mas sim a quantidade de surras a que eram submetidas (Veronese, 1998, p. 32).

39 A agressão como instrumento de correção de caráter ainda é realidade do sistema educacional de muitos países e, em outros, foi abolida apenas recentemente. A Inglaterra, em 1987, foi o último país da Europa Ocidental a erradicar o castigo corporal nas escolas estatais. Nos Estados Unidos, até a década de 90, vários Estados toleravam a punição física dos alunos - no Mississippi, por exemplo, entrevistas com estudantes, realizada em 1990, revelou que, aproximadamente, 10 % dos alunos já haviam recebido algum castigo corporal na escola. Índice, na mesma época, muito semelhante ao dos estudantes da África do Sul, país onde 12% da população estudantil declarou ter sofrido punição corporal, número que, se considerado apenas os estudantes negros, alcançava espantosos 30% (Veronese, 1997, p. 21).

40 **Art. 37.** Os Estados Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;
- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias

criança e o adolescente apenas como recurso final e durante o menor tempo possível, o relatório apurou que, em 1999, pelo menos um milhão de crianças e adolescentes sofreram privação de sua liberdade, em sua maior parte, em razão de pequenas infrações.

Muitas são detidas por não comparecerem à escola (gazeio), por vadiagem ou por não terem um lar. Em alguns países, a maioria das crianças detidas não foi condenada por um crime, mas aguarda julgamento (ONU, 2006).

June Kane, porta-voz do grupo de estudo da ONU, em uma entrevista⁴¹ sobre o estudo, expôs que o relatório não apresenta um *ranking* por países porque violência contra a criança é realidade em todas as partes – nos países ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos, com regimes autoritários ou democráticos, em todos os continentes e em todas as etnias –, dessa forma, é desejo da ONU diminuir a violência contra a criança e o adolescente, e não culpar cada país individualmente.

O Brasil, infelizmente, não foge do aterrador quadro mundial, aliás, é exemplo mundial de desrespeito à criança e ao adolescente. Em 1990, há 20 anos, o jornal inglês *The Independent* quase provocou um incidente diplomático ao publicar a manchete: “O Brasil resolveu o problema das crianças de rua, matando-as” (Veronese, 1998, p. 38).

A problemática da violência contra a criança e o adolescente, entretanto, parece estar longe de ser sanada. Em 2012, o Ministério da Justiça lançou o Mapa da Violência contra a Criança e do Adolescente⁴², documento por meio do qual denuncia o aumento de 13,5% do número de homicídios de crianças e adolescentes, no período de dez anos (de 2000 a 2010).

No ordenamento jurídico brasileiro, é bastante comum a criação

excepcionais; e

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

41 UOL – Últimas Notícias: Internacional. **China abre o jogo sobre maus-tratos infantis nas famílias do país.** Disponível in: < <http://noticias.uol.com.br/ultmot/efe/2007/01/08/ult1766u19531.jhtm> > Acesso em: 17/jul/2008.

42 Mapa da Violência: Crianças e Adolescentes do Brasil. 2012. Disponível in: <http://mapadaviolen- cia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Crianças_e_Adolescentes.pdf> Acesso em 10/jan/2012.

de tipos penais por meio da legislação extravagante – Lei dos Crimes Ambientais (9.605/1998), Lei dos Crimes Hediondos (8.072/1990), tipos penais estabelecidos pelo Estatuto do Idoso (10.741/2003, arts. 93 a 108), crimes estabelecidos no Código de Trânsito Brasileiro (9.503/1997, arts. 291 a 312). Nesse mesmo diapasão, a Lei nº 8.069/1990 introduziu novos tipos penais, todos ligados por uma mesma característica: a vítima criança ou adolescente.

Há de se destacar que os crimes indicados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos de seu art. 225, não importam em prejuízo ao disposto da legislação penal.

Nesse aspecto, as ressalvas formuladas por Tavares (2006, p. 219) merecem ser destacadas: *“a parte final (do Estatuto) que diz: sem prejuízo ao disposto na legislação penal, não quer dizer a superposição de normas e penas, o bis in idem dos criminalistas, pois seria subversão aos princípios de que ninguém será punido mais de uma vez pela mesma infração”*.

Na realidade, por *não prejuízo à legislação penal* entende-se que permanecem válidos os tipos penais praticados contra a criança e o adolescente constantes no Código Penal, ou seja, apesar de não constar do rol de crimes estabelecidos pelo Estatuto, o abandono de incapaz (art. 133, CP), a omissão de socorro à criança abandonada ou “extraviada” (art. 135, CP) e os maus-tratos (art. 136, CP), por exemplo, mesmo que não reiterados pela norma estatutária, permanecem como condutas típicas.

Aplicam-se aos crimes definidos no Estatuto as disposições da Parte Geral do Código Penal, e seu processamento dar-se-á nos termos do Código de Processo Penal (art. 226, ECA), sempre por meio da Ação Penal Pública Incondicionada (art. 227, ECA).

A competência para o processamento e o julgamento dos crimes cometidos contra a criança ou o adolescente, mesmo aqueles capitulados no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, serão de competência das Varas Criminais, e não das Varas da Infância e Juventude.

Isso porque a competência das Varas da Infância e da Juventude se encontra pormenorizada no art. 148 da Lei nº 8.069/1990, o qual não prevê, em nenhum de seus incisos, competência para tanto.⁴³

43 Conflito Negativo de Competência - Crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente - Vítima adolescente - Agente imputável - Competência do juízo suscitado. Considerando que a

A esse respeito, Digiácomo (2010, p. 289) leciona que, em termos processuais, não existe qualquer diferencial entre os crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e os crimes previstos no Código Penal, ressaltando o fato de serem todos de Ação Penal Pública Incondicionada, por determinação do art. 227 do próprio Estatuto. Por isso, declara o autor, que o legislador estatutário deixou de definir, no art. 148, o processo e o julgamento destes crimes como sendo de competência do Juízo da Infância e da Juventude, em regra, de atribuição do Juízo Criminal.

No mesmo sentido, Tavares (2006, p. 158), informa que:

O que não se encontra no Estatuto é a determinação da competência da Justiça da Infância e da Juventude para ações penais sobre fatos de pessoas imputáveis que tenham como vítimas crianças ou adolescentes. O art. 226 remete à Parte Especial do Código Penal e ao Código de Processo Penal, os assuntos dos crimes especiais previstos nos arts. 228 a 244. Com o silêncio dos demais tipos, há que se considerar também esses da área do direito penal comum. Toda situação jurídica que não esteja regulada em lei especial está automaticamente regida pela legislação geral pertinente.

Portanto, entendendo que a atuação judicial das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude está restrita, em regra, aos feitos das Varas da Infância e da Juventude, a atribuição para apurar a prática dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente seria de incumbência da Promotoria de Justiça Criminal.

4.5.1 CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA LEI Nº 8.069/1990

O Estatuto da Criança e do Adolescente reservou o Capítulo I, Título VII, de sua Parte Especial (abrangendo os arts. 228 a 244 - B), para descrever os tipos penais praticados contra a criança e o adolescente, cuja transcrição e observação seguem individualizadas abaixo

infração penal verificada teria sido, em tese, praticada, em detrimento de adolescente, por agente imputável, tem-se a competência do juízo comum e não a da Vara da Infância e Juventude, cuja atuação jurisdicional, no campo infracional, limita-se às ações socioeducativas que têm por escopo a reeducação de crianças e adolescentes que cometam atos infracionais.
(Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conflito de Jurisdição nº 1.0000.10.031670-2/000. Relator: Des. Fortuna Grion. Data do Julgamento: 17/8/2010).

A) FALTA DO REGISTRO DE ATIVIDADES NA FORMA DO ART. 10 DO ESTATUTO:

Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

- **Objeto jurídico:** o direito às informações sobre o nascimento e o parto.
- **Sujeito ativo:** o responsável pelo serviço ou o dirigente da entidade (Maternidade).
- **Sujeito passivo:** o neonato, a gestante e a coletividade.
- **Tipo objetivo:** deixar de manter registro das atividades desenvolvidas na forma do art. 10 do Estatuto; e deixar de fornecer a declaração de nascimento.
- **Observação:** o art. 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente, referenciado no tipo penal, impõe aos hospitais, maternidades e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante, sejam eles públicos ou particulares, o dever de: “*I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; [...]; IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe*”.

B) NÃO-IDENTIFICAÇÃO DO NEONATO E DA PARTURIENTE:

Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do

parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

- **Objeto jurídico:** o bem-estar do neonato e da gestante.
- **Sujeito ativo:** o médico, o enfermeiro ou o dirigente do estabelecimento de atenção à saúde da gestante.
- **Sujeito passivo:** o neonato, a gestante e a coletividade.
- **Tipo objetivo:** deixar de identificar corretamente o neonato e a parturiente, além de deixar de proceder aos exames exigidos por Lei (art. 10, ECA).
- **Observação: 1)** a forma de identificação, por determinação do inc. II do art. 10 do Estatuto, deverá ser procedida por meio do registro da impressão plantar e digital do recém-nascido e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; e **2)** os exames obrigatórios são aqueles que visam ao diagnóstico e à terapia de anormalidades no metabolismo do recém-nascido (o teste do pezinho), além de outros exigidos pela legislação extravagante (teste da orelhinha, Lei nº-12303/2010; teste do olhinho, Lei Estadual nº 13345/2005).

C) PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DE CRIANÇA E ADOLESCENTE:

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

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.

- **Objeto jurídico:** a liberdade de locomoção da criança e do adolescente.

- **Sujeito ativo:** o responsável pelo ato de apreensão irregular e aquele que procede à apreensão.
- **Sujeito passivo:** a criança ou o adolescente impedido de ir e vir.
- **Tipo objetivo:** privar a criança ou o adolescente da sua liberdade de locomoção sem o cumprimento rigoroso das condições exigidas por lei, quais sejam: o flagrante de ato infracional ou a ordem expedida pela autoridade judicial competente.
- **Observação:** o art. 106 do Estatuto determina que “*nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*”.

D) FALTA DE COMUNICAÇÃO DE APREENSÃO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE:

Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- **Objeto jurídico:** o direito à liberdade e à convivência familiar.
- **Sujeito ativo:** a autoridade policial responsável pela apreensão.
- **Sujeito passivo:** a criança ou o adolescente impedido de ir e vir.
- **Tipo objetivo:** deixar de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.
- **Observação:** a comunicação da apreensão à autoridade judiciária e à família do apreendido é direito da criança e do adolescente e dever da autoridade policial, nos termos do art. 107 do Estatuto, *in verbis*: “*a apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada*”.

E) SUBMISSÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A VEXAME OU CONSTRANGIMENTO:

Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- **Objeto jurídico:** a integridade psíquica e moral da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** o detentor de autoridade, guarda ou vigilância sob a criança ou o adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** submeter criança ou adolescente a vexame ou constrangimento
- **Observação:** o Estatuto da Criança e do Adolescente informa que o *“direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”* (art. 17, ECA), estabelecendo como dever de todos - família, sociedade e Estado -, o zelo pela dignidade da criança e do adolescente, *“pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”* (art. 18, ECA).

F) TORTURA CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE:

O art. 233 foi revogado pela Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu e disciplinou os crimes de tortura, atualmente com os acréscimos da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

A redação original do art. 233 era a seguinte:

Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º Se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resultar morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos.

Pela nova Lei, o crime cometido contra a criança ou o adolescente não mais é tipo penal específico, mas condição de aumento da pena de um sexto até um terço, nos termos do § 4º, inc. II, do art. 1º da Lei nº 9.455/1997, que assim estabelece:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

[...]

- **Objeto jurídico:** a integridade física e psicológica da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** aquele que submeter a criança ou o adolescente, sob sua guarda, poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** submeter a criança ou o adolescente, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental.

G) NÃO LIBERAÇÃO IMEDIATA DE CRIANÇA E ADOLESCENTE:

Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- **Objeto jurídico:** a liberdade de locomoção da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** a autoridade coatora – a autoridade policial, o Magistrado - que, sem justa causa, deixa de ordenar a imediata liberação da criança ou do adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** deixar de ordenar a liberação da criança ou do adolescente imediatamente após o conhecimento da ilegalidade da apreensão.
- **Observação:** diante da possibilidade de concurso com a Lei nº 4.989/1965 – que regula o processo de responsabilidade penal em decorrência do abuso de autoridade -, prevalece o disposto no art. 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser essa norma mais específica.

H) DESCUMPRIMENTO DE PRAZO:

Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- **Objeto jurídico:** a liberdade de locomoção da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** autoridade responsável pelo cumprimento de prazo.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** descumprir, injustificadamente, prazo fixado em lei em benefício de adolescente privado de liberdade.
- **Observação:** O Estatuto indica uma série de prazos: **1)** A internação provisória tem como prazo máximo e improrrogável de 45 dias (art. 108, ECA); **2)** a medida de internação, em hipótese alguma, poderá exceder três anos (art. 121, § 3º, ECA); e **3)** a medida de internação será compulsoriamente liberada aos 21 anos do adolescente (art. 121, § 5º, ECA); a internação provisória, quando impossível a transferência imediata para estabelecimento próprio, poderá o adolescente aguardar remoção em repartição policial, em seção isolada dos adultos, no prazo máximo de cinco dias (art. 185, § 2º, ECA).

I) IMPEDIR OU EMBARAÇAR AÇÃO DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA:

Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

- **Objeto jurídico:** o direito da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** qualquer pessoa que embaraça a ação da autoridade judiciária, do conselheiro tutelar ou do representante do Ministério Público.
- **Sujeito passivo:** a criança, o adolescente e a coletividade.
- **Tipo objetivo:** impedir ou embaraçar a ação de autoridade no exercício de função.

J) SUBTRAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE:

Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:

Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.

- **Objeto jurídico:** o direito à convivência familiar.
- **Sujeito ativo:** qualquer pessoa que subtrai criança ou adolescente de quem exerça sob ela poder familiar ou exercício de guarda.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** subtrair criança ou adolescente com o fim de colocação em lar substituto.
- **Observação:** o tipo penal descrito pelo art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente guarda semelhanças ao previsto no art. 249 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

No entanto, diferenças distinguem os dois tipos penais - o dispositivo estatutário acresce mais detalhes ao elemento subjetivo: “*colocação em lar substituto*”, enquanto o crime do Código Penal se refere ao agente que subtrai a criança ou adolescente para colocá-lo em sua própria esfera de vigilância.

K) ENTREGA DE FILHO OU PUPILO MEDIANTE RECOMPENSA:

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

- **Objeto jurídico:** o direito a convivência familiar.
- **Sujeito ativo:** o responsável legal - genitores, tutores, guardiões - pela criança e pelo adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** prometer ou efetivar a entrega mediante paga ou recompensa.
- **Observação:** o Estatuto da Criança e do Adolescente garante a “*toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta*” (art. 19).

L) ENVIO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE AO EXTERIOR:

Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

- **Objeto jurídico:** o direito a viver no país de origem.
- **Sujeito ativo:** a pessoa ou a entidade que promove o envio da criança ou do adolescente ao exterior.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** promover ou auxiliar o envio de criança ou adoles-

cente ao exterior sem observar as formalidades legais ou com intuito de obter lucro.

M) UTILIZAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM CENA PORNOGRÁFICA:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

- **Objeto jurídico:** a integridade moral da criança ou adolescente.
- **Sujeito ativo:** o adulto que contracena com a criança ou o adolescente, o diretor ou produtor da peça teatral, do programa de televisão, do filme, o fotógrafo ou aquele que registra a cena por outro meio congênere.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** produzir ou dirigir representação teatral, televisiva, ou de qualquer outro meio visual, utilizando-se de criança ou adolescente em cenas vexatórias.
- **Observação:** O art. 240 sofreu algumas modificações com a publicação da Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Na redação original, o legislador descriminava os meios de veiculação das imagens – teatro,

televisão, cinema e fotografia – restringindo o delito. A nova Lei, por sua vez, além de elevar a pena, ampliou o tipo penal ao acrescentar a expressão “por qualquer meio”.

N) COMÉRCIO DE MATERIAL PEDÓFILO

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

- **Objeto Jurídico:** a integralidade moral da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** aquele que vende ou oferece comercialmente a fotografia, o vídeo ou o registro pornográfico.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente.
- **Observação:** O art. 241 teve sua redação modificada e pena majorada pela Lei nº 11.829/2008. Por cena de sexo explícito ou pornográfica, nos termos do art. 241-E, compreende-se “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

O) DIFUSÃO DE PEDOFILIA

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento

das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos inc.s I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

- **Objeto Jurídico:** a integralidade moral da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** aquele que difunde material pornográfico por qualquer meio.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente.
- **Observação:** O art. 241-A foi incluído ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 11.829/2008. Por cena de sexo explícito ou pornográfica, nos termos do art. 241-E, compreende-se “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

P) POSSE DE MATERIAL PORNOGRÁFICO DE CUNHO PEDÓFILO

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a

ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

- **Objeto Jurídico:** a integralidade moral da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** o possuidor de material pornográfico que contenha cena envolvendo criança ou adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente.
- **Observação:** O art. 241-B foi incluído ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 11.829/2008. Por cena de sexo explícito ou pornográfica, nos termos do art. 241-E, compreende-se “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Q) SIMULACRO DE PEDOFILIA

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende,

expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

- **Objeto Jurídico:** a integralidade moral da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** aquele que simula, por montagem ou modificação, cena pornográfica com criança ou adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** Simular, por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou forma congênere, a participação de criança ou adolescente em cena pornográfica.
- **Observação:** O art. 241-C foi incluído ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 11.829/2008. Por cena de sexo explícito ou pornográfica, nos termos do art. 241-E, compreende-se “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

R) ALICIAMENTO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

- **Objeto Jurídico:** a integralidade moral da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** aquele alicia a criança ou o adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.

- **Tipo objetivo:** aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.
- **Observação:** O art. 241-D foi incluído ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 11.829/2008. Por cena de sexo explícito ou pornográfica, nos termos do art. 241-E, compreende-se “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

S) VENDA DE ARMA, MUNIÇÃO OU EXPLOSIVO:

Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.

- **Objeto jurídico:** a integridade física e moral da criança ou adolescente.
- **Sujeito ativo:** qualquer pessoa que vende ou fornece arma ou munição à criança ou ao adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** vender, fornecer ou entregar a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo.

T) VENDA DE PRODUTOS QUE CAUSEM DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA:

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

- **Objeto jurídico:** integridade física ou psíquica da criança ou adolescente.
- **Sujeito ativo:** qualquer um que venda ou forneça à criança e ao adolescente produtos que possam causar dependência física ou psíquica.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** vender, fornecer, ministrar ou entregar a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica.

U) VENDA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO A CRIANÇA E ADOLESCENTE:

Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa.

- **Objeto jurídico:** a integridade física da criança ou adolescente.
- **Sujeito ativo:** qualquer pessoa que venda ou forneça fogos de artifício à criança ou ao adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** vender, fornecer ou entregar a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, que possam provocar qualquer dano físico.

V) EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2ª desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste art..

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

- **Objeto jurídico:** a integridade física e emocional da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** qualquer um que submete a criança ou o adolescente à exploração sexual.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** submeter criança ou adolescente à exploração sexual.

X) CORRUPÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

- **Objeto Jurídico:** a integralidade moral da criança e do adolescente.
- **Sujeito ativo:** aquele induz a prática de ato infracional ou pratica crime na companhia de criança ou adolescente.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** corromper ou facilitar a corrupção da criança ou do adolescente, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticar ato infracional.
- **Observação:** O tipo penal indicado no art. 244-B foi inclusão promovida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

4.5.2 CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CÓDIGO PENAL

Não obstante os tipos penais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, por determinação expressa no art. 225, os crimes definidos pela legislação penal comum permanecem em vigor.

Diante disso, passa-se a relacionar outros crimes que, apesar de terem como sujeitos passivos também outra pessoa que não só criança ou adolescente, valem ser citados:

A) HOMICÍDIO - AUMENTO DE PENA:

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. **Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.**

B) INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO - AUMENTO DE PENA:

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

[...]

II - **se a vítima é menor** ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

- **Observação:** de acordo com Pereira (1996, p.490), o inc. II é aplicável apenas quando a vítima possui idade compreendida entre a faixa etária de 14 e 18 anos. Segunda a autora, sendo a vítima o menor de 14 anos, diante da reduzida capacidade de compreensão e discernimento, não há o tipo penal do art. 122, mas sim o homicídio simples do art. 121.

C) INFANTICÍDIO:

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

- **Tipo objetivo:** matar o próprio filho antes ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal⁴⁴.
- **Observação:** para a caracterização do infanticídio, não basta que a mulher esteja sob a influência do estado puerperal, é indispensável o nexo causal entre o ato e os efeitos fisiopsicológicos sofridos pela mãe (Pereira, 1996, p. 491).

D) ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

E) ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO:

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

⁴⁴ O infanticídio, antes do Código Penal de 1940, era atenuado para ocultar a desonra da mãe. Todavia, desde a publicação do Decreto-Lei nº 2.848/1940, prevalece o sistema fisiopsicológico, por qual se considera a influência do estado puerperal e não apenas o critério psicológico (Pereira, 1996, p. 491).

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

- **Observação:** caso a gestante ainda não tenha completado 14 anos de idade, independentemente de seu consentimento, o agente que provocou o aborto responderá pelo crime como se esse não existisse.

O art. 128 relaciona as excludentes de antijuridicidade, desde que executado por médico: “*Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*”.

F) LESÃO CORPORAL - AUMENTO DE PENA:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

[...]

§1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

- I - Incapacidade permanente para o trabalho;
- II - enfermidade incurável;
- III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
- IV - deformidade permanente;
- V - aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

[...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, **descendente**, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das **relações domésticas**, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste art., se as circunstâncias são as indicadas no §9º deste art., aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

§ 11. Na hipótese do §9º deste art., a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

- **Observação:** a agravante de pena estabelecida pelo § 9º – lesão praticada no contexto das relações domésticas – foi acrescida pela Lei nº 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”, que instituiu mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

G) ABANDONO DE INCAPAZ:

Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º As penas cominadas neste art. aumentam-se de um terço:

I - se o abandono ocorre em lugar ermo;

II - se o agente é ascendente ou **descendente**, cônjuge, irmão, **tutor** ou curador da vítima; e

III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

- **Observação:** é causa de aumento de pena, nos termos do § 3º, se o agente for um dos pais, ou tutor da criança ou do adolescente.

H) EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO:

Art. 134. Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

I) MAUS-TRATOS:

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

- **Observação:** a causa de aumento de pena estabelecida no § 3º – um terço da pena se o crime for praticado contra criança ou adolescente menor de 14 anos de idade – foi incluída no texto do Código Penal pela Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

J) ASSÉDIO SEXUAL – AUMENTO DE PENA

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º (VETADO)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

K) ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

- **Observação:** a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que promoveu significativas mudanças na parte dos crimes sexuais do Código Penal, introduziu a tipo penal do “estupro de vulnerável”. Esse tipo penal de assemelha ao estupro com violência presumida, originalmente disciplinado pelo art. 224 do Código Penal, dispensando a existência ou não de consentimento da vítima para sua caracterização.

L) SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

M) FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inc. II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

N) TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL – AUMENTO DE PENA

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O) TRÁFICO INTERNO DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL – AUMENTO DE PENA

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não

tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

P) SONEGAÇÃO DE ESTADO DE FILIAÇÃO:

Art. 243. Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

- **Observação:** o poder familiar é irrenunciável, e o descumprimento dos deveres que lhe são inerentes importa na infração administrativa indicada no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Q) ABANDONO MATERIAL:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de **filho menor de 18 (dezoito) anos** ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

R) ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA:

Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

- **Observação:** a intenção de lucro, apresentada como causa de aumento da pena no § 1º, configura o tipo penal indicado pelo art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Da mesma forma, o envio da criança ou do adolescente ao exterior, configura o tipo penal do art. 239 do Estatuto.

S) ABANDONO INTELECTUAL:

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Art. 247. Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comensuração pública:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

- **Observação:** por educação primária, deve-se compreender todo o ensino fundamental (1º a 9º ano), uma vez que, nos termos do § 1º do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é obrigatório, gratuito e se constitui em direito subjetivo.

T) INDUZIMENTO A FUGA, ENTREGA ARBITRÁRIA OU SONEGAÇÃO DE INCAPAZES:

Art. 248. Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

U) SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES:

Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

4.6 OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio de seu art. 201, inc. IX, conferiu ao Ministério Público legitimidade para impetrar Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e *Habeas Corpus*, em qualquer

juízo, instância ou tribunal, em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

O Ministério Público poderá ingressar com quaisquer das três medidas tanto para defender o direito individual de uma criança ou de um adolescente, quanto em razão da defesa dos direitos individuais homogêneos ou coletivos de várias crianças e adolescentes. Entretanto, considerando que este Quarto Capítulo trata da atuação do Promotor de Justiça diante dos direitos individuais infantojuvenis, os comentários não se estenderão para além desses.

4.6.1 MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança encontra disciplina na Lei nº 12.016/2009, a qual, em seu art. 1º, autoriza sua concessão quando for necessário *“proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”*.

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta Política de 1934, teve sua abrangência significativamente ampliada pela Constituição Federal de 1988, resguardando não apenas o direito individual (como ocorria nos textos das demais Constituições), mas alcançando ao direito coletivo e difuso.

Prevê o inc. LXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Diante dessa nova ordem constitucional, o Ministério Público poderá ingressar com o Mandado de Segurança tanto em defesa do direito individual quanto em defesa do direito coletivo da criança e do adolescente.

Não obstante, neste ponto há de ser ressaltado que a medida ajuizada em amparo a direito coletivo não configurará a figura do “Mandado de Segurança Coletivo”, isso porque a Constituição Federal previu apenas dois legitimados para sua impetração: a) o partido político com representação no Congresso Nacional; e b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, inc. LXX, CF).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, expressamente, recomenda a utilização do Mandado de Segurança (ação mandamental) em duas situações, deflagradas pelos arts. 210, § 2º, e 212, § 2º, conforme se observa:

Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

[...]

§ 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá **ação mandamental**, que se regerá pelas normas da **lei do mandado de segurança**.

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

[...]

§ 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá **ação mandamental**, que se regerá pelas normas da **lei do mandado de segurança**.

De fato, de acordo com o estudo de Mazzilli (2003, p. 677), os casos mais observados de utilização de Mandado de Segurança por membros do *Parquet* têm sido para buscar efeito suspensivo em recursos ou para atacar atos de autoridade que cerceiam direitos e prerrogativas da função.

Outrossim, também é possível impugnar via ação mandamental, por exemplo, a portaria ou o alvará expedidos por autoridade judicial,

nas hipóteses do art. 149, que violarem direito líquido e certo (Mazzilli, 2003, p. 678).

Da mesma forma, o Mandado de Segurança é o remédio indicado para os casos em que a criança ou o adolescente não consegue matrícula em escola pública para cursar série do ensino obrigatório⁴⁵. A educação obrigatória e gratuita, nos termos do art. 208, inc. I, da Constituição Federal, é direito público subjetivo. Assim, por ser direito líquido e certo, o Promotor de Justiça poderá impetrar a medida para obrigar o Poder Público à abertura de vaga para a criança ou o adolescente.

Por fim, recorda-se que o prazo para que seja impetrado o Mandado de Segurança é de 120 dias a contar da ação ou omissão causadora do dano (art. 23 da Lei nº 12.016/2009), extinguindo o direito de requerê-lo findo o prazo.

4.6.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

A Carta Cidadã introduziu no ordenamento jurídico nacional a figura “*writ of injunction*”⁴⁶, instituto de origens no direito anglo-saxônico, cujas hipóteses de concessão encontram-se no inc. LXXI do art. 5º, *in verbis*:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Apesar de seus efeitos serem bastante semelhantes ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, algumas expressivas diferenças conferem à medida a possibilidade de alcance mais amplo. A ação, por ter natureza de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal, apenas pode ser proposta por um dos legitimados pelo art. 103⁴⁷ da Constituição

45 Destaca-se que a Emenda Constitucional nº 59, 11 de novembro de 2009, ampliou o ensino obrigatório. No texto original, a educação obrigatória compreendia apenas as séries do ensino fundamental, agora, no entanto, a obrigatoriedade abarca toda a educação básica. Assim, por disposição da própria Emenda Constitucional, até o ano de 2016, o Poder Público deverá providenciar a extensão do ensino obrigatório – portanto público e gratuito – ao ensino infantil (a partir dos 4 anos) e ao ensino médio (até os 17 anos).

46 Mandado de Injunção.

47 “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara

Federal. O mandado, de outro lado, é direito assegurado a todos, sendo permitida a sua interposição por qualquer um do povo sempre que em razão da falta de norma que o regulamente, esteja inviável o exercício de direitos ou liberdade constitucionais.

Na realidade, conforme expõe Sidou (1998, p. 272), o “*mandado de injunção não é um direito, e sim, uma garantia de direitos [...] o novo writ é um direito, traduzido na faculdade de agir, ou direito à ação*”.

Outrossim, conforme ressalva Bastos (1999, p. 243), para a concessão do Mandado de Injunção é imprescindível a pré-existência do direito subjetivo, restando-lhe tão somente a necessidade de regulamentação, a medida não se serve para criar ou ampliar direitos, uma vez que:

é necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Bastos, 1999, p.243).

Em um primeiro momento, o Mandado de Injunção apresentou-se como importante instrumento diante de eventuais omissões do Poder Legislativo. O desenrolar histórico pós-1988 demonstrou que as “eventuais” omissões, na verdade, tornaram-se constantes, especialmente se considerado que, apesar de passadas duas décadas da promulgação do texto constitucional, muito do que ficou a cargo de Lei Complementar ainda não foi disciplinado⁴⁸.

Contudo, a potencialidade de seus efeitos não concretizou as possibilidades que se almejava em decorrência do tímido posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que optou por apenas cientificar o Poder

dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

48 Ainda estão à espera de disciplina legislativa, por exemplo, o inc. II do art. 153, que deixou a cargo de Lei Complementar a criação de imposto sobre grandes fortunas. No campo da legislação ordinária, ainda é aguardada a criação de Lei que discipline o direito de greve no serviço público (art. 37, inc. VII).

Legislativo da omissão, deixando a cargo daquele Poder a adoção das medidas necessárias (Mazzili, 2003, p. 678). Esse posicionamento pode ser observado na decisão abaixo:

Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Taxa de juros reais: limite de 12% ao ano. Arts. 5º, inc. LXXI, e 192, §3º, da Constituição Federal. 1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo §3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se refere o “caput” do mesmo dispositivo. **2. Estando caracterizada a mora do Poder Legislativo, defere-se, em parte, o Mandado de Injunção, para se determinar ao Congresso Nacional que elabore tal Lei. 3. O deferimento é parcial porque não pode esta Corte impor, em ato próprio, a adoção de tal taxa, nos contratos de interesse dos impetrantes ou de quaisquer outros interessados, que se encontrem na mesma situação.** 4. Precedentes.

(Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 611/SP. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 21/8/2002).

Todavia, felizmente, recentes julgamentos demonstram que a Suprema Corte tem discutido a questão, tendendo a rever seu posicionamento, conforme se observa do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Mandado de Injunção nº 695/MA, *in verbis*:

Mandado de Injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra.

[...]

(Voto do Relator – Ministro Sepúlveda Pertence)

Ao contrário do alegado nas informações, a simples existência de projeto de lei referente ao tema (v.g., MI 584, Moreira, DJ 22.2.02) não tem condão de, por si, esvaziar o pedido de mandado de injunção.

O dispositivo constitucional não regulamentado – art. 7º, XXI, CF – já é velho cliente deste Tribunal.

[...]

O Congresso Nacional parece obstinado na inércia legislativa a respeito.

Seria talvez oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto a natureza e a eficácia do mandado de injunção, nos moldes do que se desenha no MI 670 (INF/STF 430), se não fora o pedido inicial.

[...]

(Voto do Ministro Gilmar Mendes)

Senhora Presidente, no caso do direito de greve – acho que tem pedido de vista o Ministro Lewandowski -, **manifestei-me, juntamente com o Ministro Eros, no sentido de atribuir um tipo de eficácia normativa na decisão**; mas, no caso, há um pedido específico que, certamente, não será capaz de atender as pretensões do impetrante, uma vez que a Lei só disporá para o futuro, não terá como repercutir sobre sua própria situação subjetiva.

[...].

(Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 695-4/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 1/3/2007).

4.6.3 HABEAS CORPUS

O *Habeas Corpus*, nos termos da Constituição Federal, será concedido “*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*” (inc. LXVII, art. 5º).

Esse remédio constitucional já faz parte do ordenamento brasileiro há longa data, tendo sido instituído, pela primeira vez, no art. 340 do Código de Processo Criminal do Império, de 1832.

O *Habeas Corpus*, medida gratuita, é um dos poucos instrumentos jurisdicionais que dispensam a capacidade postulatória de seu impetrante, podendo, dessa forma, ser proposto por qualquer um do povo, dispensando, ainda, qualquer formalidade para sua interposição.

Não há que confundir, no entanto, o *Habeas Corpus* proposto por “qualquer um do povo” com o proposto pelo Promotor de Justiça no uso das prerrogativas conferidas pela Lei nº 8.069/1990 (art. 201, inc. IX). Quando o Ministério Público interpõe qualquer um dos remédios cons-

titucionais em favor de criança e adolescente, não o faz como cidadão, mas sim em nome de todo o *Parquet*, instituição diretamente legitimada para tanto.

A legitimidade concedida ao Ministério Público abarca tanto o “*habeas corpus* preventivo”, quando é ameaçada a liberdade de “ir e vir” da criança ou do adolescente, quanto o “*habeas corpus* liberatório”, reservado para as hipóteses em que o direito a liberdade já se encontra abalado.

O *Habeas Corpus* merece ser interposto em defesa do adolescente privado de liberdade quando não houver flagrante de ato infracional ou ordem judicial escrita e fundamentada (art. 106, ECA).

Da mesma forma, cabe o *Habeas Corpus* quando, apesar de ultrapassados 45 dias de internação provisória, não tiver sido proferida sentença no procedimento que apura a prática do ato infracional (arts. 108, parágrafo único, e 183, ECA).

Será, ainda, necessária a interposição da medida quando, a despeito do que determina o art. 185, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estiver o adolescente cumprindo internação, em repartição policial (por óbvio, em seção isolada dos adultos), por mais de cinco dias.

A concessão do *Habeas Corpus*, contudo, não está restrita à imputação de autoria de ato infracional, sendo inumeráveis as situações em que é permitida sua concessão – é, por exemplo, medida cabível para liberar a criança e o adolescente que, em razão de ato de indisciplina, tenha o professor o “deixado de castigo”, na sala de aula, sem poder retornar a casa após o término da jornada letiva.

5 O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS

A Constituição Federal de 1988 listou, entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Dois anos mais tarde, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente tripartiu a legitimidade *ad causam* para o ingresso com Ação Civil Pública fundada em interesse da criança e do adolescente entre o Ministério Público, os entes federativos, os territórios e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, de maneira concorrente (art. 210).

Assim, diante da importância dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, neste Capítulo será abordada a atuação do Promotor de Justiça na defesa dos direitos coletivos e difusos de crianças e adolescentes, com especial referência à Ação Civil Pública, indicando as diversas áreas de atuação e o respectivo embasamento jurídico.

5.1 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Para discutir a respeito da atuação do Promotor de Justiça em defesa dos direitos coletivos e difusos de crianças e adolescentes, é importante que sejam conhecidos alguns conceitos, para, assim, compreender a implicação desses “novos” direitos e o contexto de sua positivação nas Cartas Constitucionais.

Norberto Bobbio desenvolveu em sua obra “A era dos direitos” a teoria jurídica acerca da constitucionalização dos “direitos do homem” de maior reconhecimento em todo o mundo – a teoria das “gerações de direitos”. De acordo com o Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (Bobbio, 1992, p. 5).

Há, no entanto, de se fazer a ressalva proposta por Bonavides (2002, p. 525): a terminologia “geração de direito” deveria ser substituída pela expressão “dimensão de direito”, vez que a expressão “geração” designa ordem cronológica, sugerindo a decadência do direito invocado na geração anterior, enquanto o termo “dimensão” possibilita uma compreensão mais abrangente, de incorporação dos direitos com o avanço dimensional.

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroaamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não

somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração”. E continua dizendo que “tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico (Bonavides, 2002, p. 525).

Nesse diapasão, tendo em vista a coerência da proposta de Bonavides, a história do reconhecimento dos direitos fundamentais será aqui tratada por “dimensões”, e não “gerações” - termo criado por Bobbio e recepcionado por quase toda literatura política e jurídica.

A ideia de direitos fundamentais do homem origina-se a partir do pensamento cristão e da concepção de direitos naturais, estes últimos, frutos do jusnaturalismo, compreendidos como direitos inerentes à natureza humana – “direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem” (Silva, 2001, p.176).

O jusnaturalismo rompeu com a tradição do direito medieval, sobretudo a partir das ideias dos filósofos contratualistas que, emergidas no contexto do Estado Absolutista, no período de ascensão da classe burguesa (Séculos XVII e XVIII) -, a qual reivindicava maior liberdade de ação e de representação política -, juntamente com os ideais liberais difundidos pelo movimento iluminista, fomentaram ideologicamente os movimentos revolucionários que levaram à progressiva dissolução do mundo feudal e à constituição do mundo moderno.

Alguns historiadores apontam como marco inicial da positivação dos direitos do homem a Constituição Inglesa de 1215, entretanto a corrente dominante entende que a primeira positivação de direitos fundamentais, verdadeiramente, ocorreu apenas após a Revolução Gloriosa na Inglaterra, que, em 1668, instituiu sistema de governo monárquico parlamentar, com a “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*).

Vários movimentos revolucionários se seguiram e foram alcançando *status* internacional, como, por exemplo, a Revolução Francesa (1789 a 1799) e a Independência dos Estados Unidos (1776). No entanto, se de um lado, essas revoluções influenciaram o sentimento de valores fun-

damentais do homem, de outro, por ser um produto do Século XVIII, possuíam cunho nitidamente individualista, subordinando a vida social ao indivíduo e arrogando ao Estado a finalidade de preservação dos direitos individuais (Dallari, 1995, p. 215).

Dessa forma, intimamente entrelaçados à tradição liberal, surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão, cujo núcleo se limita aos “direitos de liberdade”, correspondente aos direitos civis e políticos.

Nessa primeira dimensão, conforme expõe Bonavides (2002, p. 517), o Estado restringe-se à edição da lei, não intervindo ou promovendo diretamente as garantias dela decorrentes, são os “direitos de resistência face ao Estado”.

Com a queda do Absolutismo, ascendeu o sistema de produção capitalista e, com ele, observou-se a edificação de uma muralha entre duas classes sociais, separando uma pequena elite burguesa de uma enorme massa de miseráveis. Os direitos fundamentais até então positivados não se mostraram capazes de resolver os problemas recém surgidos.

Se durante as revoluções dos Séculos XVII e XVIII, em nome das garantias individuais, lutava-se contra a intervenção estatal na esfera dos particulares, agora, era anseio do povo que o Estado interviesse e diminuísse as desigualdades socioeconômicas existentes.

Dentro desse contexto, surgem os ideais socialistas, cujas origens remetem à ala mais radical da Revolução Francesa, reivindicando direitos para além dos de liberdade. Esses ideais fundaram inúmeros movimentos populares ao longo dos Séculos XIX e XX em defesa das classes operárias.

Ao término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), observou-se o levante da segunda dimensão de direitos fundamentais - os “direitos de igualdade”, ou seja, os direitos sociais - proclamados nas declarações das Constituições socialistas e na Constituição de Weimar⁴⁹.

49 A Constituição de Weimar, que instituiu a República Alemã em 1919, surgiu como um produto da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou ao cabo de quatro anos de combate cerca de dois milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população masculina), o povo alemão passou a descreir de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. A Carta de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Se-

A declaração desses direitos obrigou o Estado a adotar certas condutas para o cumprimento de atribuições que passam a ser suas. No entanto, infelizmente, a maior parte dessas condutas não foram, naquele momento histórico, concretizadas, o que culminou na qualificação dos direitos sociais como diretrizes ou programas, remetendo-os à esfera programática.

Bonavides (2002, p. 518) explica que esses direitos de segunda dimensão

[...] atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Há apenas poucas décadas, ainda, no final do Século XX, surgiram os direitos de terceira dimensão, sob a bandeira do “direito à fraternidade” representam os direitos transindividuais - o direito à solidariedade, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, entre outros.

Os direitos transindividuais (ou metaindividuais) são os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos e os direitos difusos, definidos na legislação brasileira pelo texto do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), nos seguintes termos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I. interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de **natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato**;

gunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século (Comparato, 2006).

II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de **natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base**;

III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os **decorrentes de origem comum**.

Os titulares de interesses individuais homogêneos são passíveis de determinação, apesar de interligados por uma mesma origem. A natureza jurídica desses direitos é divisível, de modo que, mesmo que homogêneo, podem ser identificados e tutelados singularmente por seu titular. A possibilidade da tutela coletiva de tais interesses, conferida pelo legislador, tem por escopo apenas facilitar o acesso à Justiça.

Os titulares dos direitos coletivos, por sua vez, são pessoas determinadas ou determináveis, todas pertencentes a uma determinada classe ou categoria. O objeto jurídico do direito coletivo tem natureza jurídica indivisível, pois, ainda que tenham surgido da soma dos direitos individuais, ficam adstritos a um direito nascido na coletividade.

Os direitos difusos, por outro lado, situam-se em uma órbita bastante ampla. Da mesma forma que ocorre nos direitos coletivos, os direitos difusos têm natureza indivisível, todavia, este alcança um número indeterminado e indeterminável de pessoas, ligadas tão somente por uma situação fática. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida, em Recurso Extraordinário, assim os definiu:

Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

(Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 163231/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 26/2/1997).

Os direitos de terceira dimensão estão situados para além do conflito de classes dentro de uma nação, eles se inserem no contexto da sociedade

globalizada. Nesse quadro, observa-se que determinadas decisões de chefes políticos podem provocar consequências em todo o globo. Assim, em meio a guerras, mortes, genocídios, etnocídios, pandemias, entre tantas outras atrocidades, surgem os “direitos de fraternidade”, que, no entender de Bonavides (2002, p. 524), podem se manifestar de três formas:

1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
3. Uma coordenação sistemática de política econômica.

O constitucionalista ainda advoga a tese da existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, decorrentes da globalização econômica e do crescimento do sistema neoliberal: “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”. (Bonavides, 2002, p. 524).

Assim, mais uma vez utilizando as palavras de Bonavides (2002, p. 526), *“os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”*.

Outros doutrinadores entendem por classificar como quarta dimensão os direitos relativos à manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, que envolvem discussões acerca da vida e da morte. Há, ainda, quem fale em quinta dimensão, representada pelos direitos advindos da realidade virtual.

5.2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A conquista social pelos direitos transindividuais tomou tamanha proporção em nosso ordenamento que, em 1988, foram elevados a nível constitucional na redação da Carta Cidadã.

O primeiro instrumento de tutela dos direitos transindividuais regulamentado no Brasil foi a Ação Popular - Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 -, ferramenta à disposição de qualquer cidadão, para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos da Administração Pública que forem lesivos ao patrimônio público.

Passadas duas décadas, em 24 de julho de 1985, foi publicada a Lei nº 7.347, que disciplinou a Ação Civil Pública como instrumento de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inc. III, CF).

Mazzilli (1991, p. 36) explica que a denominação de “Ação Civil Pública” foi escolhida pelo legislador por guardar paralelo com a “Ação Penal Pública”, em suas palavras:

Inicialmente, com Ação Civil Pública se quis dizer a ação de objeto não penal, proposta pelo Ministério Público. Na verdade, porém, tal expressão, se bem que já incorporada na legislação, doutrina e jurisprudência, não deixa de padecer de impropriedade. De um lado, toda a ação é pública, enquanto direito público subjetivo dirigido contra o Estado; de outro, como não tem o ministério Público exclusividade na propositura da dita Ação Civil Pública, podemos hoje considerar que esta última compreende não só a ação de objeto não penal proposta por aquela instituição, como a mesma ação, com mesmo objeto, proposta por qualquer dos demais co-legitimados ativos, desde que destinada à defesa dos direitos difusos e coletivos (Mazzilli, 1991, p. 36-37).

Isso posto, certa a importância instrumental da Ação Civil Pública, passa-se a discorrer a seu respeito, destacando-se as questões mais importantes e aquelas controvertidas na jurisprudência e doutrina.

5.2.1 LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA

A Lei da Ação Civil Pública, com a nova redação imposta pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, lista como legitimados o Ministério Público (art. 5º, inc. I), a Defensoria Pública (art. 5º, inc. II), os entes federativos (art. 5º, inc. III), as pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta (art. 5º, inc. IV) e as associações consti-

tuídas há, pelo menos, um ano, que tenham por finalidade institucional a proteção dos direitos coletivos e difusos (art. 5º, inc. V).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, estabeleceu legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública fundada em interesses coletivos e difusos da criança e do adolescente ao Ministério Público (art. 210, inc. I), aos entes federativos e territórios (art. 210, inc. II) e às associações constituídas há, pelo menos, mais de um ano e que inclua entre seus fins institucionais a defesa dos direitos disciplinados pelo Estatuto (art. 210, inc. III).

Tanto a legitimidade conferida pela Lei nº 7.347/1985 quanto a estatutária são concorrentes, autônomas e disjuntas, ou seja, podem ser propostas isoladamente ou em consórcio de legitimados (Bordallo, 2007, p. 667).

Há alguns anos discutia-se, tanto na seara jurisprudencial quanto doutrinária, a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos, uma vez que estes poderia ser postulados pelos próprios titulares. Contudo, o entendimento mais recente é pelo reconhecimento da sua legitimidade.⁵⁰

Inclusive, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), descreve como função do *Parquet* a propositura o Inquérito Civil e da Ação Civil Pública para a “*proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos*” (art. 25, inc. IV, alínea “a”).

A intervenção ministerial em questões que discutam direito de criança e adolescente, inclusive, ganha reforço com as disposições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, em seu art. 210, inc. V, confere, expressamente, atribuição ao Ministério Público para “promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência”.

50 Administrativo. Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação Civil Pública. Fornecimento de medicação. Direito individual indisponível. Legitimidade ativa do Ministério Público na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. Configuração. Precedente do STJ. Agravo Regimental não provido. 1. “O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada” (EREsp 819.010/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 29/9/08). 2. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1328270/MG. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 28/8/2012).

Ainda a respeito de legitimidade, a Lei nº 8.069/1990 admite, no § 1º do art. 210, a figura do consórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta autorização decorre dos princípios institucionais do Ministério Público da unidade e da indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF), pois, conforme lecionada Nery Jr. *apud* Milaré:

A atribuição interna do Ministério Público, com um todo, federal e estadual, de divisão e distribuição de funções e tarefas, é questão administrativa, *interna corporis*, que não interfere na legitimidade de ser parte – esta, sim, conferida indistintamente a ambos por lei (Milaré, 2003, p. 707).

Pela redação do art. 210, § 2º, do Estatuto, nas ações interpostas por associação, na hipótese de desistência ou abandono da ação⁵¹, poderá o Ministério Público ou qualquer outro legitimado assumir a sua titularidade (art. 210, inc. III, ECA).

Contudo, questiona-se acerca da possibilidade de desistência da ação por parte do Ministério Público. Muito embora a Lei nº 8.069/1990 tenha se referido apenas à associação, o ordenamento jurídico não impede que isto ocorra, ou, conforme dispõe Mazzilli *apud* Milaré (2003, p. 708-9):

Tanto a associação como qualquer dos demais co-legitimados – neles incluído o Ministério Público – todos eles agem por legitimação extraordinária, ou seja, substituem processualmente os lesados, fragmentariamente dispersos na coletividade. Afinal, nem a associação, nem o Ministério Público, nem qualquer dos co-legitimados ativos, nenhum deles é titular do direito material que defende. Assim, a admitir a desistência ou abandono da associação, não há que negar igual possibilidade aos demais co-legitimados ativos, colocados em idêntica situação.

Entretanto, especificamente na questão da criança e do adolescente, com relação à possibilidade de desistência da ação por parte do Ministério

51 As hipóteses de abandono da ação estão indicadas do Código de Processo Civil (art. 267, inc.s II e III) como causas de extinção do processo sem julgamento do mérito, quais sejam: “II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – quando, por não promover atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”.

Público, há de se questionar se, ao renunciá-la, não estaria o Promotor de Justiça abdicando de uma função que lhe foi atribuída pelo texto Constitucional – “*promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*” (art. 129, inc. III).

Ressalva-se, por fim, que, embora haja confusões no dia a dia jurídico, o Conselho Tutelar não possui legitimidade para ingressar com a Ação Civil Pública, nem por ordem da lei, nem por analogia.

5.2.2 O INQUÉRITO CIVIL

O Inquérito Civil⁵² surge no ordenamento jurídico brasileiro com a

52 A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (Lei Complementar nº 197/2000) disciplina as peculiaridades do Inquérito Civil autuado pelo *parquet* catarinense em seus arts 84 a 90, *in verbis*:

Art. 84. O Inquérito Civil, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado por portaria, em face de representação ou, de ofício, em decorrência de qualquer outra notícia que justifique o procedimento.

§1º Sempre que necessário para formar seu convencimento, o membro do Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo preparatório do Inquérito Civil.

§2º As providências referidas neste art. e no parágrafo anterior serão tomadas no prazo máximo de trinta dias.

§3º As diligências investigatórias, quando devam ser realizadas em outra comarca, poderão ser deprecadas a outro órgão de execução do Ministério Público, obedecida eventual disciplina interna de encaminhamento.

Art. 85. A representação para instauração de Inquérito Civil, que independe de formalidades especiais, será dirigida ao órgão do Ministério Público competente e deverá conter, sempre que possível:

I - nome, qualificação e endereço do representante e do autor do fato;

II - descrição do fato objeto das investigações;

III - indicação dos meios de prova.

§1º Do indeferimento da representação de que trata este art. caberá recurso ao Conselho Superior do Ministério Público no prazo de dez dias, contado da data em que o representante tomar ciência da decisão.

§2º Antes de encaminhar os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, o membro do Ministério Público poderá, no prazo de cinco dias, reconsiderar a decisão recorrida.

Art. 86. O Inquérito Civil, quando instaurado, instruirá a petição inicial da Ação Civil Pública.

Art. 87. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do Inquérito Civil, do procedimento administrativo preparatório ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

§1º Os autos do Inquérito Civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos, no prazo de três dias, sob pena de falta grave, ao Conselho Superior do Ministério Público, competindo-lhe o exame e deliberação acerca da promoção de arquivamento, conforme dispuser o seu Regimento Interno.

§2º Deixando o Conselho Superior do Ministério Público de homologar a promoção de arquivamento, comunicará, desde logo, ao Procurador-Geral de Justiça para a designação de outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou prosseguimento das investigações.

publicação da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, que autoriza a sua instauração pelo Ministério Público, no §1º do seu art. 8º.

A natureza jurídica do Inquérito Civil é de procedimento administrativo, comportando-se como um instrumento de investigação colocado à disposição do Promotor de Justiça para a apuração de lesão ou ameaça a direito coletivo e difuso.

Bordallo (2007, p. 658) o conceitua como ferramenta de investigação administrativa prévia que objetiva apurar “*elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de Ação Civil Pública ou coletiva*”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente faz expressa menção acerca da possibilidade da instauração do Inquérito Civil para a apuração de ofensa a direito assegurado a criança e adolescente em seu art. 223, *in verbis*:

Art. 223. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, Inquérito Civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

Dessa forma, o Inquérito Civil é o instrumento adequado sempre que o Promotor de Justiça precisar colher provas para a propositura da Ação Civil Pública ou receber notícia de ofensa às garantias da criança e do adolescente e entender necessária sua investigação.

Art. 88. Depois de homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público a promoção de arquivamento do Inquérito Civil, do procedimento administrativo preparatório ou das peças de informação, o órgão do Ministério Público somente poderá proceder a novas investigações se de outras provas tiver notícia.

Art. 89. O órgão do Ministério Público, nos inquéritos civis ou nos procedimentos administrativos preparatórios que tenha instaurado, e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou das obrigações necessárias à integral reparação do dano, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 90. O Inquérito Civil instaurado para apurar violação de direito assegurado nas Constituições Federal e Estadual, ou irregularidade nos serviços de relevância pública poderá ser instruído através de depoimentos colhidos em audiência pública.

§1º Encerrado o Inquérito Civil, o órgão de execução do Ministério Público poderá fazer recomendações aos órgãos ou entidades referidas no inc. VII do art. 82 desta Lei Complementar, ainda que para maior celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos, requisitando do destinatário sua divulgação adequada e imediata, bem como resposta por escrito.

§2º Além das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o órgão de execução do Ministério Público emitir relatórios, anuais ou especiais, encaminhando-os às entidades mencionadas no inc. VII do art. 82 desta Lei Complementar, delas requisitando também divulgação adequada e imediata.

Diferentes fontes poderão noticiar ao Promotor de Justiça a ocorrência de ameaça ou lesão a direito de criança ou de adolescente, faculdade auferida a qualquer pessoa. A Lei nº 8.069/1990, entretanto, prevê duas situações em que essa faculdade transforma-se em dever: o servidor público (art. 220, ECA) e os juízos e tribunais no exercício de suas funções (art. 221, ECA).

Em regra, o Inquérito Civil é público, admitindo-se sua forma sigilosa⁵³, por meio de decisão fundamentada, quando necessário às investigações ou em respeito à intimidade e à vida privada.

Considerando que o Inquérito tem natureza de procedimento e não de processo, o seu desenrolar, tal qual ocorre no Inquérito Penal, dispensa o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme expõe Bordallo (2007, p. 659), “*nele não se encontram partes, não há imputação de sanção de qualquer espécie, havendo apenas investigação e investigados*”. Entretanto, recomenda-se conceder à parte investigada a possibilidade de prestar os esclarecimentos necessários, que poderão auxiliar o Promotor de Justiça a formar sua convicção.

Da mesma forma, o Inquérito Civil não é obrigatório, estando ele dispensado sempre que já houver suficientes meios probatórios.

O prazo mínimo de dez dias úteis estipulado pelo legislador estatutário para o atendimento de requisição ministerial de certidões, informações, exames ou perícias - que nos termos do art. 223 poderão ser expedidas contra qualquer pessoa, organismo público ou particular – é o mesmo estabelecido pela Lei da Ação Civil Pública.

Finalizada a instrução do Inquérito Civil, dependendo do resultado, o Promotor de Justiça poderá elaborar e interpor a Ação Civil Pública, propor e firmar termo de ajustamento de conduta com o acusado (art. 211, ECA), ou, convencido da inexistência de fundamento que enseje a propositura da Ação Civil Pública, promover seu arquivamento (art. 223, § 1º).

O arquivamento do Inquérito seguirá o trâmite imposto pelos §§ 2º a 5º do art. 223, qual seja: 1) o Inquérito ou a peça informativa a serem arquivados serão, no prazo de três dias, encaminhados ao Conselho

53 Será obrigatória a instauração e o processamento do segredo de justiça sempre em que o interesse público exigir e quando dizer respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda dos filhos (art. 155, CPC).

Superior do Ministério Público; 2) a promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, nos moldes do estabelecido em seu regimento interno; 3a) homologada decisão, seguem o inquérito e as peças para arquivamento⁵⁴; e 3b) não havendo homologação, o Conselho designará representante para o ajuizamento da Ação Civil Pública.

5.2.3 O TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Ao longo do Inquérito Civil, por vezes, o Promotor de Justiça entra em contato com o causador da lesão ou ameaça ao direito da criança e do adolescente, que pode se mostrar disposto a adequar sua conduta.

Diante dessas condições favoráveis, sempre que possível, o Ministério Público poderá propor a assinatura de acordo extrajudicial, pelo qual o acusado compromete-se a adotar as medidas necessárias para a regularização da situação fática.

A figura do Termo de Compromisso de Ajustamento de conduta não constava da redação original da Lei nº 7.347/1985, tendo sido a ela acrescentada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que inseriu os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º daquela Lei⁵⁵.

No ajustamento de conduta, está preservada a discricionariedade do Ministério Público, ou seja, o Promotor de Justiça não é obrigado a propor ou firmar o termo de ajustamento, estando, inclusive, dispensado de fundamentar sua decisão negatória.

54 Até que seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, em sessão do Conselho Superior do Ministério público, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação (art. 223, §3º).

55 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

§4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados **compromisso de ajustamento** de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de **título executivo extrajudicial**.

Ressalva-se que, no termo de ajustamento de conduta, não é admitida, em hipótese alguma, a negociação do direito indisponível. Não poderá o Ministério Público convencionar com o compromissário acordo distinto daquele que seria auferido por meio da tutela específica do direito materialmente ameaçado ou lesionado.

Para que seja possível a elaboração do termo de compromisso em atendimento à tutela específica, Bordallo (2007, p. 663) sugere que sejam montados, na instituição, grupos de assessoramento técnico, que possam auxiliar o Promotor de Justiça na condução do acordo, evitando-se a manutenção da lesão ou a criação de outras.

Apesar deste Manual, por motivos óbvios, dar maior enfoque ao Ministério Público, outros órgãos são igualmente legitimados a propor a assinatura de termo de ajustamento de conduta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 211, informa que órgãos públicos legitimados pelo art. 210 – a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios - poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais.

Ainda por força do art. 211, é conferida ao Termo de Ajustamento de Conduta a eficácia de título executivo extrajudicial, enquadrando-se, assim, na hipótese prevista no inc. VIII, do art. 585 do Código de Processo Civil⁵⁶.

Dessa forma, por ser título extrajudicial, deverá ser condicionado ao pagamento de multa em caso de descumprimento de suas cláusulas. A multa, por ser meio de coação, deverá ser ponderada de acordo com a lesão e a capacidade econômica do compromissário, servindo-se verdadeiramente com um instrumento de repressão da conduta lesiva.

A execução da multa seguirá o rito estabelecido no Código de Processo Civil em seu Livro II – Do Processo de Execução, e será tratada concomitantemente com a execução da sentença proferida na Ação Civil Pública, ao final do tópico seguinte.

Por fim, recorda-se que uma vez firmado o termo de ajustamento, para o arquivamento do Inquérito Civil, deverá o Promotor de Justiça atender ao disposto no art. 223, § 2º da Lei nº 8.069/1990, ou seja, en-

⁵⁶ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

caminhando as peças, o inquérito e o termo devidamente assinado ao Conselho Superior para homologação.

5.2.4 O PROCESSAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública é disciplinada pela Lei nº 7.347/1985, norma aplicada de maneira subsidiária aos procedimentos jurisdicionais interpostos em defesa dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos da criança e do adolescente (art. 224, ECA).

Para a instrução da **petição inicial** o Promotor de Justiça ou outro legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e as informações que julgar necessárias, que serão fornecidas no prazo de dez dias úteis para o Ministério Público (art. 223, ECA) e quinze dias para os demais (art. 222, ECA).

A recusa ou o retardamento do envio de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público, constitui o tipo penal indicado no art. 10 da Lei nº 7.347/1985, *in verbis*:

Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

A **competência** para o processamento da Ação Civil Pública fundada em interesse transindividual da criança e do adolescente será da Justiça da Infância e da Juventude, nos moldes do que determina do art. 148, inc. IV, do diploma estatutário.

A **competência territorial**, entretanto, será determinada pelo local do dano (art. 2º, Lei nº 7.347/1985), ressalvadas as hipóteses de danos de âmbito regional ou nacional, cuja competência é deslocada para a Comarca da Capital e do Distrito Federal, respectivamente, na forma do art. 93, inc. II da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Admite-se a concessão de **liminar**, com ou sem justificação prévia, (art. 213, § 1º, ECA), que culmine, inclusive multa diária em caso de descumprimento (art. 213, § 2º, ECA). Destaca-se que a multa cominada liminarmente será exigível apenas após o trânsito em julgado da decisão favorável, no entanto será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (art. 213, §3º, ECA).

A **sentença** que condenar o requerido poderá determinar o pagamento de quantia em dinheiro (a ser revertido ao fundo gerido pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente de cada Município – art. 214, ECA), ou à obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei nº 7.347/1985).

Todavia, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz deverá privilegiar a concessão da **tutela específica** da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 213, *caput*, ECA).

O **recurso** cabível contra a sentença proferida na Ação Civil Pública será o de **Apelação**, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), sendo admitida a concessão de **efeitos suspensivos** ao recurso nos casos em que ficar caracterizada a possibilidade de dano irreversível à parte (art. 215, ECA).

5.2.5 EXECUÇÃO DA SENTENÇA E DO TERMO NÃO CUMPRIDO

A execução da decisão proferida em Ação Civil Pública, assim como a execução das multas eventualmente cominadas, seguirá o rito processual que estabelece o Código de Processo Civil, em seu Livro II, (Do Processo de Execução).

No entanto, algumas peculiaridades estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente merecem destaque.

Caso a Administração Pública tenha sido condenada, deverá o magistrado remeter as peças à autoridade competente, para apuração da responsabilidade civil e administrativa do agente a que se atribua a ação ou omissão (art. 216, ECA).

O art. 216 da lei estatutária está de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva que assegura o direito de regresso, adotada pela Constituição Federal em seu art. 37, §6º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os valores recolhidos com multas serão revertidos ao Fundo da Infância e da Adolescência⁵⁷, gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente de cada Município (art. 214, ECA). Caso o Município ainda não tenha regulamentado tal fundo, mesmo após os 22 anos de vigência do Estatuto, o dinheiro será depositado em estabelecimento bancário oficial, em conta com correção monetária (art. 214, § 2º, ECA).

Decorridos 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória ou 30 dias do não-recolhimento de multa, ainda que tenha sido a ação impetrada por outro legitimado, o Ministério Público promoverá sua execução (art. 217, *caput*, e 214, §1º, ECA), faculdade que se estende aos demais legitimados.

5.3 O DIREITO À VIDA

A vida é o maior dos bens, é o mais fundamental de todos os direitos, uma vez em que o exercício dos demais direitos carece de sua existência. O direito à vida compreende o direito de nascer, o direito de permanecer

⁵⁷ Mais informações a respeito do Fundo da Infância e da Adolescência poderão ser obtidas no volume II do Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude que trata, em sua primeira parte, dos Conselhos e dos Fundos do Direito da Criança e do Adolescente e, na segunda parte, do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

vivo e o direito de defender a própria vida.

O ordenamento jurídico brasileiro adjetivou esse direito como “inviolável”, ou seja, envolto de proteção absoluta. Consta do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

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

[...].

Do direito internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica – ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/ 1992, por reconhecer que “*os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana*”, incumbiu aos Estados signatários o dever do respeito à vida, nos termos de seu art. 4º:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o **direito de que se respeite sua vida**. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. **Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos**, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar

anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

O direito à vida, da forma que adota o nosso sistema jurídico – como direito inviolável e indisponível –, repercute na proibição do aborto (tipo penal dos arts. 124 e 125, CP), na vedação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, CF) e na criminalização da prática da eutanásia (enquadrado no delito do art. 121, § 1º, CP), entre outras derivações.

Apesar de a legislação civil colocar a salvo os direitos do nascituro, uma discussão constante e sem resposta fácil é recorrente: Qual é o momento preciso do começo da vida humana?

O Supremo Tribunal Federal no julgamento histórico da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510⁵⁸, ajuizada com pedido de exclusão do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), na apertada votação de seis Ministros contra cinco, entendeu que as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.

A Ministra Ellen Gracie, que acompanhou integralmente o relator pelo indeferimento da ação, expôs, em seu voto, que o embrião, se não recolhido ao útero da mãe, não pode ser classificado como vida humana, *in verbis*:

Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, **o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa.**

[...]

Por outro lado, **o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro**, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.

O Ministro Marco Aurélio, que igualmente acatou o voto do relator

58 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2005. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgada improcedente pelo Tribunal do Pleno em 29/5/2008.

em sua integralidade, expôs que “*o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana*”.

Todavia, não olvidando tais discussões, o Estatuto da Criança e do Adolescente reiterou o direito fundamental à vida às crianças e aos adolescentes, conforme se observa na leitura de seu art. 7º:

Art. 7º A criança e o adolescente **têm direito a proteção à vida** e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

A respeito do referido dispositivo, em vida, o sociólogo Herbert de Souza, símbolo da determinação e do trabalho incansável pela cidadania, fez um bonito desabafo, o qual se transcreve abaixo:

Com a realização plena desse artigo o Brasil poderia resgatar uma parte da dívida social para com milhões de crianças e adolescentes que jamais tiveram uma vida digna de ser vivida por um ser humano, e garantir a condição básica para a construção de uma nova sociedade.

[...]

O artigo 7º pode constituir-se na pedra de toque dessa conversão social do Estado e da própria sociedade, que acostumou-se a dormir em casa enquanto muitas crianças dormem nas ruas.

Somente a realização plena desse artigo devolverá ao Brasil a condição de sociedade digna, democrática e humana. Enquanto houver uma criança ou adolescente sem condições mínimas, básicas, de existência, não teremos condições de nos encarar uns aos outros com a tranquilidade dos que estão em paz com sua consciência.

Vivemos, hoje, a situação do escândalo de negar as condições de humanidade àqueles que só podem existir com o nosso amor. Estamos desafiados a acabar com o escândalo e recuperar para as crianças, adolescentes e nós mesmos a condição que dá sentido ao nosso próprio viver. (Souza, 2003, p. 56-7).

Betinho estava certo, o direito de viver é distinto do direito de sobreviver. Não basta garantir a vida, é necessário que sejam garantidas as condições mínimas a uma vida desceite, é necessário que seja garantido

à criança e ao adolescente o direito de se desenvolver com plenitude, o de tornar-se cidadão.

5.4 O DIREITO À SAÚDE

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no início da década de 90, o Brasil ostentava a taxa de mortalidade infantil de 4,83%, índice que alcançava impressionantes 7,43%, quando avaliada a região Nordeste de maneira isolada (IBGE, 1996).

No entanto, em 2010, de acordo com o Ministério da Saúde (2011), esses índices despencaram para 1,6%, tendo sido registrado o menor índice na região Sul – 1,16%, e o maior na região Nordeste, agora com 2,1%.

Todavia, não obstante o significativo avanço se comparado à década anterior, o Brasil encontra-se na 93ª posição da lista de países ordenada por índice de mortalidade infantil, ostentando um dos maiores índices na América do Sul, menor apenas do que os de Peru, Bolívia e Guiana (CIA, 2012).

Países vizinhos, como a Argentina e o Uruguai, apresentam índices inferiores a 1%, valores reduzidos, se comparados ao Brasil, mas muito distante dos invejáveis 0,21%, do Japão; 0,27%, da Suécia (CIA, 2012).

É importante destacar que a taxa de mortalidade infantil apresenta estreita ligação com o nível de escolaridade da mãe. A partir de dados coletados, entre 2000 e 2009, o IBGE (2010) elaborou o seguinte quadro:

Anos de estudo da mãe	Taxa de mortalidade infantil
De 0 a 3 anos de estudo	3,56 %
De 4 a 7 anos de estudo (antigo ensino ginasial)	1,17 %
De 8 a 11 anos de estudo	1,38 %
12 ou mais anos de estudo	1,36 %

No ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal

de 1988, a saúde constitui-se em direito extensível a todos, direito que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas promovidas pelo poder público (art. 196).

Para tanto, foram instituídos pelo art. 198 alguns princípios e diretrizes que culminariam na criação de um Sistema Único de Saúde, quais sejam: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, inc. I, CF); o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, inc. II, CF); e a participação da comunidade (art. 198, inc. III, CF).

Em 19 de setembro de 1990, com a promulgação da Lei nº 8.080, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo disciplinadas as atribuições que haviam lhe sido conferidas pelo art. 200 do diploma constitucional:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A saúde da criança e do adolescente, assim como os demais direitos fundamentais e sociais que lhe foram conferidos, é incumbência

comum da sociedade, da família e do Estado (art. 227, *caput*, CF e art. 4º, *caput*, ECA).

Entretanto, desse tripé de responsabilidade, a maior carga encontra-se sobre pilar representado pelo Estado. Esse rigor diferenciado decorre do próprio texto da Constituição Federal que, em seu art. 227, § 1º, determinou-lhe a promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente de acordo com dois preceitos: 1) a aplicação percentual de recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; e 2) a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as crianças e os adolescentes deficientes.

Realizadas essas ponderações, passa-se a desfragmentar os campos que abarcam o direito da criança e do adolescente à saúde, considerando especialmente as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5.4.1 O NASCITURO E A GESTANTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegurou à gestante o atendimento pré-natal (período anterior ao parto – a gestação em si) e perinatal (período imediatamente antes e após o parto) custeados pelo Sistema Único de Saúde (art. 8º).

Em 1º de junho de 2000, o Ministério da Saúde regulamentou, por meio da Portaria nº 570/2000, o programa de pré-natal e nascimento ofertado pelo SUS. Desde, então, ficou estabelecido, como direito da gestante e do nascituro, o tratamento pré-natal que contemple os seguintes procedimentos e exames:

- a realização de, no mínimo, seis consultas de acompanhamento pré-natal, sendo, preferencialmente, uma, no primeiro trimestre; duas, no segundo; e três, no terceiro trimestre da gestação;
- a realização de uma consulta no puerpério, até 42 dias após o nascimento;
- a realização dos exames laboratoriais de: I) ABO-Rh, na primeira consulta; II) VDRL, um exame na primeira consulta e um na 30ª semana da gestação; III) Urina – rotina, um exame na primeira consulta

e um na 30ª semana da gestação; IV) Glicemia de jejum, um exame na primeira consulta e um na 30ª semana da gestação; e V) HB/Ht, na primeira consulta;

- a oferta de teste anti-HIV, com um exame na primeira consulta, naqueles municípios com população acima de 50 mil habitantes;
- a aplicação de vacina antitetânica, em dose imunizante e de reforço;
- a realização de atividades educativas;
- a classificação de risco gestacional a ser realizada na primeira consulta e nas subsequentes; e
- às gestantes classificadas como de risco, o atendimento ou acesso à unidade de referência para atendimento ambulatorial ou hospitalar à gestação de alto risco.

Após o parto, a mãe deverá ser atendida, preferencialmente, pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal (art. 8º, § 2º, ECA), incumbido o poder público de propiciar apoio alimentar a gestante e a nutriz (mulher que amamenta) que dele necessitem (art. 8º, § 3º, ECA).

Outrossim, incumbe ao Poder Público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal (art. 8º, §4º, ECA), inclusive àquelas que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção (art. 8º, §5º, ECA).

Não obstante serem esses direitos resguardados nos textos constitucional e estatutário, a realidade brasileira é cruel com a gestante e com o nascituro. Ainda é elevado o número de mortes relacionadas à gravidez – aqui compreendida como a própria gestação, o aborto, o parto e o puerpério – em regra evitável.

Dados do Ministério da Saúde (2011), recolhidos do sistema de informações sobre a mortalidade de nascidos vivos, revelam os elevados números de mortes em razão da gravidez ou do parto, expressados no quadro abaixo, considerando-se o número de óbitos maternos por 100.000 nascidos vivos:

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
73,3	70,9	75,9	73	76,1	74,7	77,2	77	68,7	72	68,2

Outro grave problema com complicações sociais é a gravidez ainda na adolescência. A gravidez precoce acarreta problemas tanto para a mãe quanto para o filho. A adolescente ficará mais sujeita a problemas de crescimento e desenvolvimento, emocionais e comportamentais, educacionais e de aprendizado, além de complicações durante a gravidez e problemas no parto.

De acordo com Bueno (2001, p. 06), a adolescente tem maior morbidade e mortalidade por complicações da gravidez, do parto e do puerpério, sendo a taxa de mortalidade duas vezes maior do que entre gestantes adultas. A incidência de recém-nascidos de mães adolescentes com baixo peso é igualmente duas vezes maior que nos de mães adultas, e a taxa de morte neonatal chega ao triplo.

É dever de todos, portanto, como uma das medidas tendentes a evitar a gravidez precoce, estimular a educação sexual, tanto nas escolas quanto em casa.

5.4.2 O ALEITAMENTO MATERNO

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu à criança o direito de ser amamentada, razão pela qual determina que o Poder Público, as instituições e os empregadores deverão proporcionar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade (art. 9º, ECA).

Apesar de reiterar um importante direito do bebê, as disposições do art. 9º não são novidades no ordenamento jurídico pátrio. A Consolidação das Leis Trabalhistas já previa à mãe trabalhadora o intervalo para amamentação, nos moldes do art. 396, abaixo transcrito:

Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

Da mesma forma, ao filho recém-nascido da presidiária também era estendida a garantia de ser amamentado, conforme se observa da leitura do inc. I do art. 5º da Constituição Federal: “*L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.*”

Os benefícios da amamentação são fascinantes. O leite materno é o melhor alimento e o mais adequado ao bebê: I) ele supre todas as suas necessidades nutritivas ao longo dos primeiros seis meses de vida; II) ele não provoca alergia; III) ele confere imunidade, anticorpos e fatores anti-infecciosos, que lhe protegem contra ataque de bactérias e outros agentes; e IV) ele o protege contra o desenvolvimento de doenças agudas e crônicas (Grisa *apud* Machado, 2008).

Ainda, segundo Machado (2008), os bebês que se alimentam no peito têm cinco vezes menos chance de serem hospitalizados por doenças. Dessa forma, o ato de amamentar, além de estreitar os laços entre mãe e filho, favorece seu desenvolvimento sadio, de modo que esse tipo de alimentação lhe deve ser garantido como forma de respeito ao direito fundamental à saúde.

5.4.3 OS ESTABELECIMENTOS MÉDICOS DE ATENDIMENTO À PARTURIENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou alguns procedimentos a serem adotados por hospitais, maternidades e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante, em seu art. 10, *in verbis*:

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

- I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;
- II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

A manutenção dos registros de atividades e o arquivamento dos prontuários pelo período mínimo de 18 anos, nos moldes do que foi determinado no inc. I, apresenta duas conveniências – a consulta ao histórico da saúde da criança, na eventual necessidade de se apurar doença ou mal, e como fonte de pesquisas médicas.

A desobediência do inc. I importa no tipo penal previsto no art. 228 do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

A identificação do bebê e da mãe, conforme determina o inc. II, evita as trocas acidentais de crianças, e os exames indicados no inc. III – vulgo “teste do pezinho” - permitem o diagnóstico de doenças congênicas tratáveis.⁵⁹

⁵⁹ Muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha trazido em seu texto apenas o “teste do pezinho” (exame capaz de diagnosticar doenças do metabolismo), outros exames foram sendo desenvolvidos e passaram a se tornar obrigatórios. É caso do “Teste da Orelhinha” (Triagem Auditiva Neonatal), exame importante para detectar se o recém-nascido tem problemas de audição, que deve ser garantido, de forma gratuita, por força da Lei Federal nº 12.303/10. Outrossim, em Santa Catarina, por determinação da Lei Estadual nº 13.345/2005 é obrigatória a realização do “Teste do Olhinho” (Teste do Reflexo Vermelho), capaz de detectar e prevenir diversas patologias oculares, assim como o agravamento dessas alterações, como uma cegueira irreversível.

A desobediência aos inc.s II e III acarreta o crime tipificado no art. 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

A declaração formal de nascimento indicada pelo inc. IV é documento indispensável à lavratura do Registro Civil no Cartório do domicílio do responsável pelo registro, nos moldes da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), sendo cabível o remédio constitucional na modalidade de *Habeas Data* diante da recusa do Hospital ou estabelecimento médico.

Por fim, a manutenção de alojamento conjunto que permita a permanência da mãe e do recém-nascido não é novidade na legislação brasileira. A Resolução nº 11/1983, do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), já previa a obrigatoriedade do alojamento conjunto nas maternidades próprias, conveniadas e contratadas por aquele Instituto em todo território nacional. Da mesma forma, a Portaria nº 508/1987, do Ministério da Educação, determinava obrigatório o alojamento conjunto de mãe e filho nos hospitais universitários.

Mais tarde, a Lei nº 11.108/2005 alterou a Lei 8.080/1990 incluindo nela o art. 19-J, que assim determina:

Art. 19-J - Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.

Esse se constitui em um importante direito da criança e da família, a que o Promotor de Justiça deve estar atento, fiscalizando seu cumprimento.

5.4.4 A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Seguindo o princípio da prioridade absoluta, nos moldes do que trilha o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é assegurada a primazia da saúde da criança e do adolescente em relação aos demais setores da saúde pública.

Recorda-se que o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.069/1990 determinou a incorporação de quatro premissas ao conceito de prioridade:

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

Desse modo, a criança e o adolescente serão os primeiros a receber socorro médico em situações emergenciais, e o Poder Público deverá formular programas específicos para o atendimento de sua saúde, destinando recursos privilegiados para tanto.

A proteção da saúde da criança e do adolescente compreende não apenas o atendimento médico propriamente dito, mas toda a sua extensão, abarcando o atendimento odontológico, fisioterápico, psicológico, e, ainda, o fornecimento de medicamentos, próteses e outros recursos relativos a tratamento de saúde, situações especificadas a seguir.

É importante, ainda, registrar, que a prioridade absoluta da criança e do adolescente decorre da Constituição da República, ao contrário

da assegurada a outros sujeitos de direitos. Assim, caso ocorra conflito entre sujeitos diferentes, têm preferência aqueles amparados pela norma constitucional.

A) O ATENDIMENTO MÉDICO:

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, está “assegurado o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde” (art. 11, ECA).

Dessa forma, por ser assegurado o atendimento “integral” à saúde da criança e do adolescente, o atendimento médico deve compreender não apenas a saúde física mas também a mental e emocional, motivo pelo qual compreende o acompanhamento psiquiátrico ou psicológico sempre que necessário.

B) OS MEDICAMENTOS E OS TRATAMENTOS DE SAÚDE:

A Lei nº 11.185/2005 alterou a expressão “é assegurado o atendimento médico”, prevista anteriormente pelo *caput* do art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para “é assegurado atendimento integral à saúde”.

Dessa forma, tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem o direito à saúde, e não apenas o direito ao atendimento clínico, motivo pelo qual o acesso aos medicamentos também se constitui direito fundamental.

Esse acesso é de responsabilidade do Estado, conforme se depreende da leitura do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.069/1990: “*incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação*”.

Caso a estrutura pública de atendimento à saúde não seja suficiente para o atendimento de todas crianças e adolescentes que dela necessitem ou, pior, caso o serviço de saúde necessário não seja ofer-

tado pelo Poder Público, poderá o Promotor de Justiça ingressar com Ação Civil Pública para compelir o Estado a custear o tratamento em entidade particular.

C) A SAÚDE BUCAL:

O atendimento à saúde bucal sempre ficou à margem dos demais procedimentos clínicos, já que, até muito pouco tempo, o tratamento público dental limitava-se à extração de dentes.

Hoje, estima-se que mais de 10 milhões de brasileiros não possuam dentes ou dentaduras, fato que implica milhares de óbitos em decorrência do câncer de boca e estômago (Ministério da Saúde, 2006, p. 17).

O *caput* do art. 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente fez expressa menção à necessidade de se promover programas de atendimento odontológico da população infantojuvenil.

Dessas campanhas, destaca-se a fluoretação na água potável com o objetivo de redução da incidência de cárie dentária, apontada pelo Ministério da Saúde (2006, p. 17) como responsável por um impacto na saúde bucal coletiva muito maior do que os serviços assistenciais, não obstante seu baixíssimo custo (custa anual *per capita* de R\$ 0,50).

D) O DIREITO AO ACOMPANHANTE:

O Estatuto da Criança e do Adolescente impôs aos estabelecimentos de atendimento à saúde que proporcionassem condições para a permanência de um dos pais ou do responsável durante a internação da criança e do adolescente (art. 12, ECA).

Na realidade, essa prática já era rotineira nos hospitais e nas clínicas privadas e, diante dos visíveis benefícios com a rapidez na recuperação do paciente, foi disciplinado como regra a todos os estabelecimentos de atenção à saúde da criança e do adolescente, sejam eles públicos ou privados.

Mais tarde, a Lei nº 9.656/1998 – Lei dos Planos de Saúde – determinou, em seu art. 12, inc. II, alínea “f”, que, quando o plano de saúde cobrir internação, deverá abranger despesas de acompanhante no caso

de pacientes com menos de dezoito anos.

Posteriormente, a Lei nº 11.108/05 altera a Lei nº 8.080/90 (que instituiu o SUS), para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

As condições de permanência devem ser minimamente decentes. De acordo com Monteiro Filho (2003, p. 68), podem ser consideradas condições hospitalares ideais para a permanência do acompanhante:

- 1) poltrona reclinável ao lado do leito da criança ou cama própria para acompanhante; 2) todas as refeições diárias; 3) banheiros com banho; 4) armários individuais; 5) avental ou uniforme apropriado com crachá de identificação; 6) reuniões semanais com a equipe de saúde (pediatra, enfermeira, assistente social e psicóloga), para esclarecimentos sobre a rotina do hospital e a enfermidade da criança e do adolescente internado.

O remédio jurídico para pleitear o direito de acompanhar a criança e o adolescente, durante o período da internação, quando não é permitido pelo estabelecimento médico, é o Mandado de Segurança, sendo legítima sua interposição, pelo Ministério Público, nos moldes do art. 201, inc. IX, do Estatuto da Criança.

E) AS DOENÇAS CRÔNICAS:

Algumas doenças necessitam de tratamento contínuo, por toda a vida do paciente ou por um longo prazo, como os doentes renais, os transplantados, os soropositivos, os diagnosticados com câncer, entre vários outros.

Para essas doenças, é importante que seja fornecido o tratamento sem interrupção. Assim, recomenda-se sempre a criação de programas específicos para seu atendimento, com cadastramento de pacientes, agendamento de avaliações periódicas e compra antecipada dos medicamentos (Amin, 2007, p. 41).

F) A CRIANÇA E O ADOLESCENTE DEFICIENTES:

À criança e ao adolescente deficientes foi garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente atendimento especializado (art. 11, § 1º, ECA).

Nesse sentido, a Constituição Federal já havia determinado a criação de programas e atendimento especializado “*para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos*” (art. 227, § 1º, inc. II, CF/88).

G) OS PROGRAMAS DE SAÚDE DA FAMÍLIA

Uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde do Brasil, com o auxílio da Universidade de Nova Iorque, demonstrou que, entre os anos 1990 e 2002, programas de saúde familiar reduziram mais a mortalidade infantil do que o acesso a hospitais, o aumento do número de médicos e, até mesmo, a ampliação da água tratada -, o que ficou demonstrado no quadro a seguir (Ministério da Saúde, 2006):

A cada 10% de aumento ...	... alterou na mortalidade infantil em
na cobertura do programa de saúde da família	- 4,6%
no acesso à água potável	- 2,9%
de leitos hospitalares	-1,4%
no numero de médicos	-0,2%
no analfabetismo feminino	+ 6,8%

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao Sistema Único de Saúde competência para promover programas de prevenção e educação sanitária voltadas aos pais, aos educadores e aos estudantes (art. 14, ECA).

Assim, diante dos números que ilustram o quadro acima e considerando que o Promotor de Justiça, no exercício de suas funções, poderá efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente (art. 201, § 5º, alínea

“c”, ECA), deverá sempre que possível, expedir tais recomendações visando a criação ou ampliação dos programas voltados à conscientização da família.

5.4.5 O SISTEMA PREVENTIVO E AS CAMPANHAS DE VACINAÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou como obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias (art. 14, parágrafo único, ECA), incumbindo sua promoção ao Sistema Único de Saúde (art. 14, *caput*, ECA).

Na hipótese de não serem promovidas as campanhas de vacinação ou diante da notícia de inexistência da própria vacina nos postos de saúde, poderá o Promotor de Justiça interpor Ação Civil Pública e Mandado de Segurança, nos moldes do que lhe faculta o art. 201, nos incs. V e IX, respectivamente.

5.5 O DIREITO À LIBERDADE

Apenas muito recentemente, a criança e o adolescente foram reconhecidos como sujeitos de direito. Ainda que algumas garantias fundamentais estejam secularmente positivadas, foi somente nos meados do Século XX, com a promulgação de algumas declarações e de tratados internacionais em sua defesa, é que foram estendidos os direitos fundamentais à criança e ao adolescente.

No Brasil, essa mudança paradigmática ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Esses dois documentos legais retiraram a criança e o adolescente da condição de “menor em situação irregular” e os elevaram à categoria de sujeitos de direitos.

Hoje, a criança e o adolescente “*têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis*” (art. 15, ECA).

O termo “liberdade” pode apresentar inúmeros conceitos. De

acordo com o dicionário Aurélio (1997), liberdade pode ser definida como:

1. Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação. 2. Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas. 3. Faculdade de praticar tudo quanto não é proibido por lei. 4. Supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral. 5. Estado ou condição de homem livre. 6. Independência, autonomia. 7. Facilidade, desembaraço. 8. Permissão, licença.

Não obstante as definições linguísticas, seu significado vai muito além dessa simples definição. Ao longo da história, vários pensadores trataram de discutir o conceito e a significância do termo “liberdade”.

Stuart Mill, em 1859, entendia que “*a única Liberdade digna deste nome é a de perseguir o bem à nossa própria maneira*”. Para o filósofo, a “liberdade” assumia *status* de direito fundamental, pois “*nenhuma sociedade onde estas Liberdades não são, no seu conjunto, respeitadas, pode ser considerada livre*” (Mill *apud* Oppenheim, 1999, p. 711).

Também filho do Século XIX, Karl Marx descreveu a “liberdade” como uma característica da pessoa e não da ação, à medida que profetizava uma sociedade em que “*o livre desenvolvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos*” (Marx *apud* Oppenheim, 1999, p. 711).

Oppenheim, ao identificar os diferentes campos conceituais da “liberdade”, destinou um tópico inteiro para discutir a “liberdade como satisfação das necessidades fundamentais”. Nele, o Autor contrapõe-se às ideias do liberalismo clássico, entendendo a “liberdade” não apenas como aquela individual, mas determinando-lhe como fim último o bem-estar social:

Liberdade pessoal significa, pois, o poder que tem o indivíduo de assegurar para si alimentação, moradia e vestuário suficiente.

[...]

A “Liberdade da necessidade”, ao contrário da Liberdade de expressão, não se refere diretamente à Liberdade social, e sim à ausência de necessidade e à presença de um nível de vida satisfatório para todos. Oppenheim (1999, p. 711-2).

Na seara legislativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou a questão, em seu art. 16, recorrendo, em seus inc.s, a compreensão de seus significados e aspectos, *in verbis*:

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

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

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

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

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Dessa forma, considerando a abrangência da terminologia e as várias faces desse direito, por critérios didáticos, passa-se a desmembrar a questão em tópicos, conforme se observa abaixo.

5.5.1 O DIREITO DE IR E VIR

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XV, determinou ser “*livre a locomoção no território nacional em tempo de paz; podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”.

Logicamente, a amplitude da liberdade de “ir e vir” do texto constitucional não é a mesma a ser auferida à criança e ao adolescente, situação que decorre da condição peculiar que ostentam - a de ser humano em desenvolvimento (art. 6º, ECA).

Conforme leciona Amin (2007, p. 43), a liberdade de locomoção do adolescente e, ainda mais, a da criança, permite-lhes ir apenas aonde possam desenvolver sua personalidade e garantir a plenitude de sua formação, sendo, portanto, restrita. Nas palavras da Autora, “trata-se de uma liberdade que se autoconvém ou que é autocontida pelos princípios e pelas finalidades desse direito” (Amin, 2007, p. 43).

Ciente dessa condição peculiar, o legislador, no inc. I do art. 16, ao mesmo tempo em que confere o direito à liberdade de “ir, vir e estar” nos logradouros públicos e nos espaços comunitários, ressaltou as restrições legais, encontrados no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente:

- o acesso a diversões e espetáculos públicos deverá obedecer à classificação indicativa e à faixa etária a que se destina (art. 75, ECA);

- as crianças menores de dez anos de idade somente poderão ingressar em locais de diversões e espetáculos acompanhadas de seus pais ou responsável (art. 75, parágrafo único, ECA);

- não é permitida a entrada ou permanência de crianças e adolescentes em estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca, apostas ou congêneres (art. 80, ECA);

- a criança não poderá viajar para fora da comarca de onde reside desacompanhada dos pais, do responsável ou sem expressa autorização judicial (art. 83, ECA);

- tanto a criança quanto o adolescente não poderão viajar ao exterior sem autorização judicial, exceto se estiverem na companhia de ambos os genitores, ou na companhia de um deles com autorização escrita do outro (art. 84, ECA); e

- nos casos de apreensão por flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 106, ECA).

5.5.2 O TOQUE DE RECOLHER

Nos últimos anos vem sendo observada a expedição de portarias e a criação de leis municipais proibindo o trânsito e a permanência de crianças e adolescentes nas ruas depois de determinado horário – instituindo o denominado “toque de recolher”.

Por mais que se entenda o fim a que se destinam tais atos, discorda-se do método utilizado. Isso porque, primeiramente, a Constituição Federal garantiu à criança e ao adolescente todos os direitos fundamentais - entre eles, o direito de ir, vir e permanecer – de modo que nem a portaria, nem a lei municipal, tem o condão de suspender ou contrariar

dispositivo constitucional.

Assim, além de ferir o direito à liberdade, a medida fere os princípios da dignidade, do respeito e do desenvolvimento da pessoa humana, uma vez que coloca sob suspeita, de maneira generalizada, todas as crianças e todos os adolescentes.

Ademais, o “toque de recolher” é medida típica de Estados autoritários, marcados pela intolerância, pela discriminação e pela separação dos diferentes do convívio social, sendo, portanto, incompatível com o espírito do Estado Democrático de Direito.

Tanto que a regulamentação de medida semelhante por meio de portaria era prerrogativa conferida pelo Código de Menores ao Juízo de Menores, institutos revogados com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aliás, em muitos casos, a atuação dos órgãos envolvidos nessa medida denota caráter de limpeza social, perseguição e criminalização de crianças e adolescentes, sob o viés da suposta proteção.

Na contramão, o “toque de recolher” não protege efetivamente a criança e o adolescente, já que, muitas vezes, a violência está no próprio seio familiar e é praticada pelos próprios pais que não educam ou impõem limites aos filhos.

Outrossim, sabe-se que a criança e o adolescente não podem ficar em situação de abandono nas ruas em qualquer horário – dia ou noite - e, para as situações de risco real, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê diversas medidas de proteção, não sendo necessários recursos como o “toque de recolher.

Portanto, nesses casos são os pais ou o responsável quem têm o dever de vigilância e educação sobre os filhos, não devendo ser aceitas a edição de leis ou portarias invadindo direitos das supostas vítimas.

5.5.3 A AUTORIZAÇÃO PARA VIAJAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe que a criança (ao adolescente é permitido) realize viagem que implique deslocamento da

comarca onde reside desacompanhado de seus pais ou responsável (art. 83, *caput*).

Havendo necessidade, deverão os pais ou o responsável pela criança solicitar autorização judicial, estando, no entanto, dispensados de fazê-lo quando: **1)** tratar-se de comarca contínua a da residência da criança ou incluída na mesma região metropolitana (art. 83, § 1º, “a”, ECA); **2)** quando a criança estiver acompanhada de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, estando o parentesco comprovado documentalmente (art. 83, § 1º, “b”, ECA); ou **3)** a criança estiver acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável (art. 83, § 1º, “b”, ECA).

A autorização, quando necessária, poderá abranger mais de uma viagem, durante o período máximo de dois anos (art. 83, § 2º, ECA).

Nas viagens ao exterior, todavia, é necessária a autorização judicial tanto para a criança quanto para o adolescente, sendo dispensada apenas quando esses estiverem acompanhados de ambos os pais ou responsável (art. 84, inc. I, ECA), ou viajarem na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro mediante documento com firma reconhecida (art. 84, inc. II, ECA).

A respeito do assunto, vale destacar os termos da Resolução no 131, de 26 de maio de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes brasileiros.

5.5.4 O DIREITO À OPINIÃO E À EXPRESSÃO

Conforme determina o art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal, nº Brasil *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*.

A criança e o adolescente – sujeitos de todos os direitos fundamentais sob a nova ótica constitucional – podem livremente ter sua própria opinião (forma passiva) e expressá-la (forma ativa).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê determinadas situações em que é obrigatória ou recomendável a oitiva da criança e do

adolescente, situações que decorrem do direito à opinião e à expressão, por exemplo:

- para a colocação da criança ou do adolescente em família substituída, sempre que possível, deverão estes ser previamente ouvidos, e a sua opinião devidamente considerada (art. 28, § 1º, ECA);

- para a aplicação de medida de proteção, em especial aquelas que importem o afastamento familiar, a criança e o adolescente têm o direito de ser ouvidos e de participar nos atos e na definição da medida, devendo sua opinião ser devidamente considerada (art. 100, inc. XII, ECA);

- no procedimento de destituição de guarda, é obrigatória, sempre que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente (art. 161, § 3º, ECA);

- para a adoção do maior de doze anos de idade é necessário o seu consentimento (art. 45, § 2º, ECA);

- é assegurado ao adolescente privado de sua liberdade ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (art. 111, inc. V, ECA); e

- ao adolescente privado de liberdade é conferido o direito de: entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público (art. 124, inc. I, ECA); peticionar diretamente a qualquer autoridade (art. 124, inc. II, ECA); corresponder-se com seus familiares e amigos (art. 124, inc. VIII, ECA).

Normalmente, inúmeras reuniões são realizadas com deliberações importantes sem, entretanto, que os principais interessados se façam presentes. É preciso que o Promotor de Justiça estimule o protagonismo infantojuvenil, por meio de sua participação no conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente em sua Comarca, auferindo palestras em escolas, centros comunitários, etc.

5.5.5 O DIREITO À CRENÇA E RELIGIÃO

A Constituição Federal determina como inviolável a “*liberdade de consciência e de crença*”, assegurando o “*livre exercício dos cultos religiosos*” e garantindo a “*proteção aos locais de culto e a suas liturgias*” (art. 5º, inc. VI).

O direito à crença e ao culto religioso decorre do direito à liberdade de opinião e de expressão, porquanto a crença apresenta uma dimensão interior, tal como o direito à opinião, embutida no íntimo de cada um, o direito ao culto permite a exteriorização da crença.

Silva (2003, p. 84) aponta a estreita conexão entre a liberdade de crença da criança ou do adolescente e de suas famílias. Ninguém poderá impor culto ou crença à criança e ao adolescente, contudo, poderão os pais, pelo uso do poder familiar, orientar seus filhos, seja para uma determinada crença, seja para o ateísmo (uma vez que a liberdade de crença abarca a liberdade de não crer).

No entanto, não obstante a crença dos pais e as prerrogativas do poder familiar, nem mesmo a família poderá intervir na crença da criança e do adolescente, sendo-lhes permitido optar por fé diversa da dos pais.

Nesse mesmo diapasão, o ensino religioso, muito embora constitua disciplina lecionada nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, deverá ter sua matrícula facultativa (art. 210, § 1º, CF).

A Lei nº 8.069/1990, além de determinar livres a crença e o culto religioso, impõe às entidades que desenvolvem programas de internação a obrigação de proporcionarem a assistência religiosa aos adolescentes internos (art. 94, inc. XII, ECA). Não obstante, destaca-se que a assistência religiosa é um direito do adolescente internado, não sendo, portanto, obrigatória (art. 124, inc. XIV, ECA).

Sabe-se, por fim, que o direito a uma crença religiosa não pode se sobrepor ao direito à vida e à saúde de qualquer criança ou adolescente, ainda que seus pais ou responsáveis assim entendam.

5.6 O DIREITO AO RESPEITO E À DIGNIDADE

O conceito de respeito está intimamente ligado à noção de dignidade e de tolerância. Todo homem é merecedor de respeito, garantia que decorre do mero fato de ser uma pessoa humana, tal como ocorre com os outros direitos fundamentais.

Immanuel Kant, o primeiro teórico a trabalhar com a ideia de dignidade humana, definiu o respeito como um sentimento racional, que se distingue dos demais por não se reportar à inclinação ou ao medo.

Aquilo que eu reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço-o com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência de subordinação da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade (Kant, 1995, p.39).

Amin (2007, p. 45), citando trecho do Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil, do Ministério da Educação e do Desporto, conceitua o respeito como o *“tratamento atencioso que se deve manter nas relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição social, pela ascendência ou grau de hierarquia em que se acham colocadas”*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 17, informa que o direito ao respeito significa a *“inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”*.

O direito ao respeito abarca também o direito de se desenvolver como criança e adolescente, sem pular etapas - é ter respeitado o direito de brincar. É comum pais, preocupados com o futuro dos filhos, agendá-los em tantos compromissos - aulas de idiomas, de música, atividades esportivas, aulas de reforço, etc. - a ponto de parecerem “mini-executivos”, sem espaço ou tempo para o desenvolvimento das habilidades infantis.

No entanto, o tempo e o espaço de “ser criança” devem ser respeitados, conforme apontava o educador João Beauclair (2006), em uma entrevista a respeito da importância do brincar:

A utilização do lúdico nas atividades para o desenvolvimento infantil é essencial: ao brincar, a criança amplia as possibilidades de ir além do seu próprio ser, consegue interagir consigo mesmo e com os outros, percebe que há regras para o convívio social, forma sua personalidade, enfim, vivencia sua inserção no mundo com suas complexas possibilidades. No “espaço-tempo” do brincar, há a relação de apropriação e invenção, há a formatação do nosso jeito de ser, estar e agir no mundo.

O amadurecimento precoce é prejudicial à criança, ao adolescente e a toda a sociedade, conquanto, parece que suas causas são cada vez mais incidentes – o consumismo exagerado, os trajes de adultos, os programas televisivos com elevada carga erótica, o acesso indiscriminado à informação por meio da *Internet*, a educação voltada à competitividade, os hormônios ingeridos com a alimentação, enfim, muitos são os responsáveis por esse processo de transformação da infância.

Contudo, o zelo pelo respeito e pela dignidade da criança e do adolescente é responsabilidade de todos – família, Estado e sociedade –, que devem pô-los a salvo de qualquer tratamento cruel, violento ou desumano (art. 18, ECA).

Vale lembrar, por fim, que o adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional é também titular do direito ao respeito e à dignidade, direitos que devem ser rigorosamente observados tanto na apuração do ato infracional quanto no eventual cumprimento de medida socioeducativa.

5.7 O DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

A educação, nos termos do art. 205 da Constituição Federal, é “*direito de todos e dever do Estado e da família*” que deverá ser “*promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*”, almejando o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”.

O diploma constitucional lista, ao longo dos inc.s do seu art. 206, alguns princípios orientadores do sistema educacional pátrio, quais sejam:

- igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola (art. 206, inc. I, CF);
- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, inc. II, CF);
- pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206, inc. III, CF);
- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, inc. IV, CF);

- valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (art. 206, inc. V, CF);
- gestão democrática do ensino público, na forma da lei (art. 206, inc. VI, CF);
- garantia de padrão de qualidade (art. 206, inc. VII, CF); e
- piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (art. 206, inc. VIII, CF).

Da leitura do texto constitucional, constata-se sua forte inspiração na Convenção Internacional de Direitos da Criança de 1989, que determinou em seu art. 28:

Art. 28

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

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar as medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução de índices de evasão escolar;

2. Os Estados partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança em conformidade com a presente Convenção.

No Brasil, o sistema de ensino é organizado em regime de colaboração pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (art. 211, *caput*, CF), no entanto os Municípios atuarão prioritariamente no

ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, CF), enquanto os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio (art. 211, §3º, CF).

As diretrizes e bases da educação brasileira encontram-se regulamentadas na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), a qual determina que a educação deverá abranger os *“processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”* (art. 1º, LDB).

Apesar da letra da Lei, o Brasil ostenta uma elevada taxa de analfabetismo. Segundo o relatório de 2012 da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio), organizada pelo IBGE, estima-se que 12,9 milhões de adultos brasileiros sejam analfabetos.

Se a alfabetização de todos os cidadãos é requisito fundamental para a construção de uma sociedade mais justa, proporcionar educação pública com qualidade também o é. Todavia, não obstante o atual ordenamento constitucional, a educação pública brasileira encontra-se à beira de um colapso.

Os resultados do Sistema de Avaliação da Educação Básica mostram que o desempenho em matemática de 51,6% dos alunos do quarto ano do ensino fundamental era “crítico” ou “muito crítico” e, em Língua Portuguesa, essa proporção alcançou tristes 55,4% (Unesco).

Ainda que, nos últimos anos, tenha o Brasil progredido, em especial no quesito da universalização do ensino fundamental, ainda são muitas as deficiências do sistema de ensino.

5.7.1 O DIREITO À IGUALDADE

A igualdade de condições para o acesso e permanência na escola é direito fundamental expressamente indicado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 53, inc. I, ECA).

Em decorrência dessa “igualdade de condições”, o adolescente que esteja cumprindo medida socioeducativa na modalidade de internação,

também deverá ter acesso ao conteúdo programático específico para sua escolaridade (art. 124, inc. XI, ECA).

Igualmente, a criança e o adolescente deficientes serão atendidos, preferencialmente, pela rede regular de ensino (art. 54, inc. III, ECA), sendo-lhes, todavia, garantida educação especial adaptada às suas necessidades (art. 58, LDB).

Contudo, apesar da igualdade formal, sabe-se que as desigualdades materiais nem sempre permitem o gozo dessa garantia. A criança e o adolescente em situação de vulnerabilidade muitas vezes precisam colaborar com o orçamento doméstico, sendo retirados das escolas e lançados ao universo do trabalho infantil.

A garantia de “igualdade de condições” abarca também a questão da qualidade do ensino, mesmo que uma escola obtenha maior êxito em seu processo pedagógico do que outras, é inadmissível o abismo que se formou entre escolas públicas e privadas nas últimas décadas.

A falta de investimentos em condições materiais é notória, nem sempre há material didático, não há recursos tecnológicos, a estrutura física não recebe reparos, não há material adequado para a limpeza e, muitas vezes, faltam professores bem qualificados e remunerados.

Tudo isso faz com que o Ministério Público seja constantemente acionado para obrigar entes públicos a cumprir o dever de proporcionar uma educação de qualidade.

Com a reinclusão das disciplinas de filosofia e sociologia na grade de disciplinas obrigatórias do currículo do ensino médio – que haviam sido excluídas com a reforma educacional promovida pela ditadura militar, em 1971 – passou a ser divulgado um problema corrente na rede pública de ensino: a falta de professores qualificados.

Dilvo Ristoff, Diretor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (Capes), confessou temer que a ausência de professores capacitados para lecionar essas duas disciplinas inviabilize o cumprimento da Lei nº 11.684/2008, que alterou o art. 36 da LDB, incluindo-as no currículo de escolas de ensino médio do país (Folha Online, 2008).

De acordo com estudos realizados pelo Capes, o Brasil tem, hoje, aproximadamente de 31 mil profissionais atuando como professores de

filosofia e 20 mil de sociologia, no entanto, apenas 23% possuem formação específica em filosofia e somente 12% são licenciados em sociologia (Folha Online, 2008).

Muito embora a questão tenha se direcionado às disciplinas de filosofia e sociologia, a falta de professores é realidade em todas as disciplinas.

Dados do Censo Escolar 2009, tabulados pelo INEP, revelam que pouco mais da metade (53,3%) dos professores que atuam no ensino médio na rede pública têm formação compatível com a disciplina que lecionam. O total é de 366.757. Nas séries finais do ensino fundamental, etapa na qual as matérias começam a ser dadas por professores de áreas específicas, a proporção é ainda menor: 46,7% de 617.571 docentes.

5.7.2 AS CONDIÇÕES DE ACESSO E PERMANÊNCIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever o direito à educação, não determinou apenas a oferta de vagas, mas impôs, expressamente, que fossem asseguradas as condições da permanência da criança na escola (art. 53, inc. I), suplementando-as, no ensino fundamental⁶⁰, pelo fornecimento de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 54, inc. VII).

Antes mesmo de o Estatuto ser criado, a Constituição Federal já havia determinado, no inc. VII do seu art. 208, o “*atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde*”.

Dessa forma, vários determinantes podem assegurar a permanência da criança e do adolescente nos bancos escolares, devendo o Estado garantir todos os bens e serviços que esses necessitem.

São condições inegáveis de permanência:

⁶⁰ Com a publicação da Emenda Constitucional nº 59, que ampliou a educação obrigatória do ensino fundamental para toda a educação básica, a suplementação com o fornecimento de materiais didáticos, transporte escolar, merenda e assistência à saúde deverá, também, ser disponibilizada aos estudantes do ensino infantil e médio.

A) O MATERIAL DIDÁTICO E ESCOLAR:

Até a publicação da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, a legislação brasileira previa a obrigatoriedade do fornecimento de material didático e escolar apenas aos estudantes do ensino fundamental, conforme mantém a redação do art. 54, inc. VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 4º, inc. VIII, da Lei de Diretrizes e Base da Educação.

Hoje, a nova redação do art. 208, inc. VII, da Constituição Federal, fruto da Emenda nº 59, impõe o atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

A educação básica, consideravelmente ampliada pela Emenda nº 59, abarca desde a educação infantil, a partir dos quatro anos de idade, até o ensino médio aos dezessete, nos termos da nova redação do art. 208, inc. I, do texto constitucional.

Atualmente, o programa de fornecimento de livros - Programa Nacional do Livro Didático (PNLD) – tem disciplina na Resolução/CD/FNDE nº 42, de 28 de agosto de 2012, que busca prover as escolas públicas de ensino fundamental e médio com livros didáticos e acervos de obras literárias, obras complementares e dicionários.

Dessa forma, o Ministério da Educação distribui tanto os livros didáticos que abranjam os componentes curriculares quanto as obras complementares e o material didático adequado aos estudantes do ensino fundamental público – independentemente de pertencer a escola à rede federal, estadual ou municipal – e aos de escolas privadas de educação especial desde que pertençam a categoria comunitária ou filantrópica.

O Programa Nacional do Livro Didático vem sendo, de fato, executado. Todavia, diante da situação de miserabilidade que muitas crianças e jovens se encontram, não basta o fornecimento dos livros didáticos. A Lei prevê o fornecimento do material didático e escolar, ou seja, itens como cadernos, lápis, borrachas, canetas, entre outros, deverão ser fornecidos pelo poder público quando a família não tiver condições econômicas de arcar com seu custeio.

B) O TRANSPORTE ESCOLAR:

Da mesma forma como ocorreu com o material escolar, até a publicação da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, o Poder Público estava compelido a garantir o transporte escolar apenas aos estudantes do ensino fundamental.

No entanto, o novo texto do art. 208, inc. VII da Constituição Federal ampliou a oferta do transporte escolar para todos os estudantes da educação básica, esta compreendida dos quatro aos dezessete anos, na forma do art. 208, inc. I da Carta Constitucional.

Inegavelmente, as dificuldades provenientes da necessidade de percorrer longos trajetos a pé ou em meios de transporte perigosos e irregulares (como em carretas abertas e em caçambas de caminhão) são responsáveis por generosa fatia dos percentuais de desistência escolar.

Em 21 de junho de 1994, com a publicação da Portaria Ministerial nº 955, foi criado o Programa Nacional de Transporte Escolar no âmbito do Ministério da Educação, para garantir a assistência financeira aos municípios e às organizações não-governamentais para a aquisição de veículos novos, destinados, exclusivamente, ao transporte dos estudantes matriculados nas escolas da rede pública estadual e municipal, de ensino fundamental e da educação especial, a partir de verba do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE).

Por meio da Lei nº 10.880, de 9 de junho de 2004, foi instituído o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE), com o objetivo de oferecer transporte escolar aos alunos do ensino fundamental público residentes em área rural.

Após, em 19 de abril de 2006, por meio da Resolução nº 21/2006, do Ministério da Educação, considerando a necessidade de facilitar, por meio do transporte diário, o acesso e a permanência dos alunos com necessidades educacionais especiais, foram aprovados os critérios e parâmetros para o apoio financeiro suplementar a projetos educacionais pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, visando à aquisição de veículos automotores, de transporte coletivo, zero quilômetro, destinados ao transporte diário de alunos da educação especial.

Em Santa Catarina, o custeio e os requisitos para a efetivação do transporte escolar dos alunos das redes públicas de ensino estadual e

municipais têm disciplina no Decreto Estadual nº 3.091/2005, que prevê a transferência de recursos nos casos de transporte do aluno da rede do Estado que precisar se deslocar por mais de seis quilômetros em percurso de ida e de volta da sua casa até a escola.

Entende-se que a melhor interpretação para essa norma legal é a de que a obrigação de transporte decorre da necessidade de o aluno ter que se deslocar por mais de seis quilômetros em percurso de ida e volta, de modo que nada obstará, assim, que, o ponto de embarque do ônibus fique a menos de três quilômetros da residência do aluno, de maneira que teria que se deslocar, a pé, o percurso de seis quilômetros, ainda que o restante fosse feito com o próprio coletivo.

O Decreto é aplicável, subsidiariamente, a cada Município, de maneira que tal distância deve ser observada independentemente de ser o aluno matriculado na rede estadual ou municipal de ensino, sem prejuízo de cada Município, através de legislação própria, deliberar de forma diversa, desde que mais benéfica para o aluno.

Ainda, com relação ao transporte escolar, destaca-se que a criança e o adolescente deficientes terão direito ao transporte adaptado às suas necessidades, todavia, essa condição nem sempre é observada.

O Promotor de Justiça deve estar atento, também, à questão da segurança no transporte escolar. A Lei nº 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, prevê que os:

- veículos devem possuir autorização para transporte de escolares, emitida pelo órgão de trânsito do Estado, afixada na parte interna do veículo, em local visível;

- limites de lotação dos veículos devem ser respeitados e que todos os ocupantes tenham cintos de segurança a sua disposição;

- veículos devem ser submetidos à inspeção, no Município, no mínimo, semestralmente; e

- motoristas devem: a) ser aprovados em Curso Especializado; b) ter idade superior a vinte e um anos; c) possuir Carteira Nacional de Habilitação de categoria “D”; e d) não ter cometido nenhuma infração grave ou gravíssima, ou ser reincidente em infrações médias, durante os doze últimos meses.

Por fim, vale a lembrança de que o transporte escolar não deve

servir de transporte público para a população, sendo vedadas as caronas, de modo que apenas os estudantes sejam conduzidos por esses veículos, por esses veículos, situação que, inclusive, abrangeria os professores.

Isso porque a Lei Federal nº 10.880/2004, que instituiu o PNATE, com redação modificada pela Medida Provisória nº 455/2009, expôs, em seu art. 2º, §4º, que “a assistência financeira de que trata este artigo tem caráter suplementar, conforme o disposto no inciso VII do art. 208 da Constituição Federal, e destina-se, **exclusivamente**, ao transporte escolar do aluno”.

Desse modo, em princípio, caso o transporte escolar seja subsidiado por recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, **não é admitido o transporte do corpo docente ou de qualquer outros cidadãos.**

Há, entretanto, duas formas distintas de contrato para este tipo de serviço: uma primeira, com o pagamento por usuário; e uma outra com fretamento do ônibus por quilômetro rodado.

Na primeira situação, o pagamento se dá pelo número de estudantes, assim, não é permitido o transporte do professor, uma vez que a legislação vigente veda expressamente.

Na segunda opção, todavia, por não haver alteração no custo à Municipalidade ou aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, parece não importar em ilegalidade o transporte dos professores na mesma condução.

Inclusive, diante dessa necessidade, nas zonas rurais, as licitações, em regra, são feitas com pagamento por km rodado. Portanto, sem prejuízo do transporte de estudantes, os professores também poderão utilizar o transporte.

Contudo, em regra, não é possível o transporte de corpo docente e também de quaisquer outros cidadãos do povo, destinando-se exclusivamente aos alunos.

C) A MERENDA ESCOLAR:

O direito à merenda escolar é disciplinado por vários dispositivos: art. 208, inc. VII, da Constituição Federal; art. 54, inc. VII, do Estatuto

da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inc. VIII, da Lei de Diretrizes e Base da Educação.

A merenda é, provavelmente, uma das principais determinantes capazes de assegurar a permanência da criança e do adolescente na escola. A renda familiar da maior parte dos estudantes do ensino público é muito baixa, situação econômica que implica a reduzida qualidade (e, por vezes, quantidade) dos alimentos por eles ingeridos.

Diante disso, é muito importante que, ao menos, na escola, a criança e o adolescente recebam alimentação adequada, saudável e nutritiva – seja por ser, muitas vezes, a primeira ou única refeição diária do estudante, seja por ser a única com valor nutricional necessário ao seu desenvolvimento.

Por meio da Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994, a merenda escolar foi municipalizada, seguindo-se a lógica estatutária que determinou a municipalização do atendimento das políticas sociais referentes à criança e ao adolescente (art. 88, inc. I, ECA).

É necessário que toda a execução do programa e a elaboração da própria merenda se dêem de maneira ética. O Ministério Público Federal, na página eletrônica da Procuradoria-Geral da República, em setembro de 2007, denuncia a entrega de alimentos vencidos na merenda dos estudantes em Canoas (RS).

De acordo com a matéria, frutas que deveriam estar no lixo eram servidas às crianças, como parte da merenda escolar. De acordo com o depoimento da educadora Jussara Maciel, eram retiradas as partes estragadas, no entanto, muitas vezes, o peixe ainda estava cru e o feijão, demasiadamente, aguado, situação que se repetia todos os dias desde a terceirização do serviço, fazia dois anos.

A empresa terceirizada – SP Alimentação – já havia recebido da prefeitura R\$ 6,7 milhões, em dois anos de serviço. Todavia, apesar de cada merenda custar aos cofres municipais o valor de R\$ 1,41, muitas vezes, apenas uma maçã por criança era servida – mesma maçã que, na central de abastecimento da cidade, era vendida por R\$ 0,17.

Situações como esta denunciada pelo *Parquet* federal não podem ficar impunes. Cabe ao Ministério Público fiscalizar o destino adequado do dinheiro público, e apurar toda notícia de seu desvio, de sua má gestão, em especial, e do não-oferecimento a contento dos serviços a que a criança e o adolescente têm direito.

D) O UNIFORME ESCOLAR:

Apesar de a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação não mencionarem, expressamente, o uniforme escolar, tal qual fizeram com o material didático, se a escola obrigar o uso do uniforme, deverá o Poder Público fornecê-lo ao estudante carente.

Quanto à escolha do uniforme escolar, de acordo com a Lei nº 8.907/1994, deverão ser considerados determinados critérios, como a condição econômica dos estudantes e de suas famílias e o clima da localidade em que a escola funciona, sendo-lhe permitida a inscrição gravada no tecido com o nome do estabelecimento.

Não se permite, no entanto, que os uniformes das escolas públicas sejam utilizados como meio de divulgação de política partidária, ainda que subliminar, da administração pública em vigor.

E) OS PROGRAMAS CONTRA A EVASÃO ESCOLAR:

A evasão escolar é um problema muito sério em todo o País. Em Santa Catarina, estima-se que, anualmente, pelo menos 5% das crianças e dos adolescentes abandonam as salas de aula. Dados confirmam que de cada 100 crianças que ingressam no ensino fundamental, em média, apenas 57 chegam a completá-lo.

Várias razões ensejam tal evasão como, por exemplo, o desestímulo familiar e o provocado pelo processo pedagógico atual, que não valoriza a criança; a distância entre a residência e a escola, especialmente nas zonas rurais; a necessidade de contribuir com a renda familiar, seja trabalhando em subempregos nas grandes cidades, seja ajudando à família nas épocas de colheita no campo; as meninas para ajudar a mãe a criar os irmãos mais novos, entre tantos outros motivos.

Entre os adolescentes, uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas com jovens com idades compreendidas entre 15 e 17 anos, foram apontados como principais motivos: o desinteresse (42%), atividade profissional ou doméstica que impedia o estudo (21%) e falta de transporte (10%) (Menezes, 2007, p. 01).

Um grave problema, ainda, é o recesso escolar, período em que fica

evidente o aumento do número de crianças e adolescentes trabalhando nas ruas das grandes cidades – como engraxates, vendedores ambulantes nos semáforos, e em outros subempregos –, os quais, muitas vezes, passam a depender da nova renda, e acabam não retornando aos bancos escolares com o início das aulas.

Diante desse quadro, o Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude do Ministério Público catarinense lançou, em 13 de maio de 2001, o **Programa “Apóia”** para combater a evasão escolar. O projeto almeja, primeiramente, garantir a permanência na escola de crianças e adolescentes para que concluam o ensino fundamental e, em um segundo plano, promover o regresso à escola de crianças e adolescentes que a abandonaram sem concluir o ensino fundamental.

Outras informações a respeito do Programa, o cronograma das principais atividades e seus formulários podem ser localizadas na página eletrônica do Ministério Público de Santa Catarina⁶¹.

F) A ESCOLA PÚBLICA PRÓXIMA À RESIDÊNCIA:

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina, em seu art. 53, inc. V, que deverá ser garantido o acesso à escola pública próximo à residência da criança e do adolescente.

A determinação estatutária é importante porque visa facilitar seu acesso, minorar os riscos advindos de um eventual deslocamento, sem descurar, é bem verdade, das finanças públicas.

No entanto, considerando que por diversas vezes o número de alunos é superior ao de vagas, em Santa Catarina, a Secretaria de Desenvolvimento Regional ficou incumbida de, em conjunto com os Municípios, estabelecer critérios de zoneamento para deferimento das matrículas, dando prioridade para aqueles que residam próximo à escola.

Entende-se por zoneamento a divisão de área geográfica, por zona ou setor que delimita e estabelece o raio de atendimento de cada unidade escolar, em relação ao número de unidades escolares existentes, considerando como critério para a matrícula do aluno o seu endereço e ou local de trabalho dos pais ou responsáveis.

⁶¹ Disponível em <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/Interna.aspx?campo=602&secao_id=419> Acesso em 15/1/2013.

Caso não existam vagas em número suficiente para o atendimento das crianças e dos adolescentes da região, caberá à instituição escolar encaminhar os alunos para as escolas que possuam vaga, obedecendo aos critérios de zoneamento.

De outro lado, uma vez atendidas todas as crianças da região, ainda restando vagas a serem preenchidas, estas poderão ser distribuídas aos estudantes das demais localidades, conforme entendimento do Diretor da Unidade Escolar.

Dessa forma, é evidente que o cumprimento do que prevê o texto estatutário está condicionado ao bom desempenho, por parte do Poder Público, em fornecer número de vagas adequado à demanda local, fato que nem sempre é observado.

G) A ESTRUTURA DA ESCOLA:

Uma escola bem estruturada, com boa biblioteca e quadras esportivas, é condição de qualidade do ensino e, em consequência, de permanência da criança e do adolescente nos bancos escolares.

De acordo com o Ministério da Educação, no período de 2001 a 2006, nas escolas de Santa Catarina, foram montadas 3.662 bibliotecas; criados 440 laboratórios de informática e comprados 4.031 computadores; e 3.745 kits de DVD.

No entanto, apenas a estrutura física não é suficiente. É imprescindível o investimento em recursos humanos – é necessário que sejam proporcionados treinamentos e cursos de aperfeiçoamento aos professores da rede de educação básica, para que esses aprimorem suas técnicas pedagógicas.

5.7.3 A EDUCAÇÃO BÁSICA

Antes da reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 59/2009, o art. 208, inc. I, da Constituição Federal preconizava que tão somente o ensino fundamental era obrigatório e gratuito e que

o seu não oferecimento pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importava na responsabilidade da autoridade competente.

Em sua nova redação, no entanto, o inc. I do art. 208 passou a garantir a obrigatoriedade e gratuidade não apenas do ensino fundamental, mas de toda a educação básica, dos quatro aos dezessete anos de idade, assegurada, inclusive, a sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

A obrigatoriedade do ensino foi estendida, portanto, à toda a educação básica, exceto às creches, uma vez que cabe ao Estado garantir a oferta, mas não obrigar as famílias a matricularem as crianças com idade de até três anos.

Vale destacar, no entanto, que, por previsão da própria Emenda Constitucional nº 59/2009, a universalização do ensino obrigatório deverá ser implementada progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União.

O termo “educação básica” foi introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e definido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, como sendo aquele que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, a seguir pormenorizados.

A) EDUCAÇÃO INFANTIL

A educação infantil corresponde à primeira etapa da educação básica, que se destina aos processos pedagógicos capazes de garantir o desenvolvimento pleno da criança com idade inferior a cinco anos, o que incorpora os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (art. 29, LDB).

Ressalta-se, inicialmente, que, apesar de o texto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação informar que a educação infantil destina-se às crianças com idade inferior a seis anos, a Emenda Constitucional nº 53/2006, alterou a idade máxima de atendimento para cinco anos, uma vez que o ingresso ao ensino fundamental, hoje com duração de nove anos, tem início aos seis anos de idade.

Na primeira infância, são formadas as sinapses nervosas – “pon-

tes” que enviam as informações recebidas de um neurônio ao outro –, situação que permite que o cérebro se organize e reorganize. Dessa forma, durante esse período, a criança está apta a desenvolver habilidades e captar conhecimentos, estabelecendo, inclusive, as bases de sua personalidade.

Em uma pesquisa patrocinada pela Universidade Cornell (Estados Unidos), o psicólogo Ulric Neisser percebeu que a média do QI (quociente intelectual) das crianças americanas havia subido mais de 20 pontos nos últimos 50 anos. O pesquisador atribui o progresso aos estímulos na primeira infância, vez que mudanças sociais, como a admissão da mulher no mercado de trabalho, resultaram no ingresso das crianças ainda mais cedo em escolas e creches – local em que recebem o estímulo necessário ao seu bom desenvolvimento.

Outrossim, se, de um lado, há benefícios diretos ao desenvolvimento da criança; de outro, existem benefícios indiretos que alcançam toda a família. Uma avaliação das creches gratuitas em comunidades populares no Rio de Janeiro, realizada pelo Banco Mundial em 2002, constatou que as mulheres pobres cujos filhos pequenos estavam matriculados em creches e pré-escolas aumentavam sua renda em até 20% (Unicef, 2008, p. 37).

A educação infantil será oferecida em creches para as crianças, com até três anos de idade (art. 30, inc. I, LDB), e, em pré-escolas, para as crianças com quatro e cinco anos (art. 30, inc. II, LDB c/c art. 1º, EC nº 53/2006).

O papel do Promotor de Justiça para a proteção desse direito passa por exigir do Poder Público a oferta de vagas em Centros de Educação Infantil (creches), conforme determina o art. 54, inc. IV, do Estatuto.

Outra demanda bastante comum ocorre em função do fechamento das creches nos meses de férias escolares, o que provoca transtornos a diversas famílias, quando os genitores são impedidos de gozar suas férias nos meses de dezembro, janeiro ou julho.

A respeito dessa questão, o Conselho Nacional de Educação emitiu parecer no qual, considerando que a educação infantil é a primeira etapa da educação básica e que integra o Sistema Municipal de Ensino, entendeu ser adequado que estrutura curricular se fundamente no planejamento de atividades durante um período, sendo normal e

plenamente aceitável a existência de intervalo (férias ou recesso), como acontece, aliás, na organização das atividades de todos os níveis, etapas e modalidades educacionais.

Segundo o relator do parecer, as necessidades de atendimento a crianças em dias ou horários que não coincidam com o período de atividades educacionais previsto no calendário escolar das instituições por elas frequentadas, deverão ser equacionadas segundo os critérios próprios da assistência social e de outros setores organizadores e prestadores de serviços sociais, como saúde, cultura, esportes e lazer, em instituições especializadas na prestação desse tipo de serviços, eventualmente nas próprias instalações das creches e pré-escolas, mediante o emprego de profissionais, equipamentos, métodos, técnicas e programas adequados a essas finalidades, devendo tais instituições atuar de forma articulada com as instituições educacionais.

De fato, a Constituição Federal, em seu art. 208, estabelece que a creche e a pré-escola constituem a Educação Infantil e, portanto, devem nortear-se pelos princípios que regem a educação, relacionados no art. 206, e perseguir os seus objetivos, definidos no art. 205. Estão, destarte, inseridas num sistema: o Sistema de Ensino.

Contudo, não se pode olvidar o interesse social que gravita sobre essa questão afeta à oferta de creches durante o ano inteiro, visto que, indiretamente, reflete sobre famílias de baixa renda nas quais um dos genitores está impedido de trabalhar para efeitos de permanecer com filho de tenra idade, de maneira que, muitas vezes, exige que os filhos de maior idade, mas ainda crianças ou adolescentes, se aventurem pelas ruas para aquilatar, através do trabalho infantil ou mendicância, meios para a subsistência da família.

A creche e a pré-escola constituem, efetivamente, um mecanismo eficiente para conciliar família e trabalho, pois além de possibilitar aos pais trabalharem, permite sua melhor inserção no mercado profissional, especialmente os mais pobres.

Dessa forma, a ausência de políticas públicas que não priorizem o ensino infantil, não está comprometendo tão-somente o desenvolvimento das crianças e futuros cidadãos, o que já seria suficiente para ensejar medidas urgentes nesse campo, mas também toda uma estrutura familiar, e, em consequência, toda a comunidade, o que contribui para o aumento

da pobreza e dificulta cada vez mais a pretendida erradicação do trabalho e mendicância infantil, entre outros efeitos nocivos.

Nesse sentido, o funcionamento contínuo das creches é instrumento que vai ao encontro dos princípios constitucionais que colocam a família como objeto de especial proteção do Estado (art. 226, CF) e os assuntos relacionados à criança e adolescente como prioritários (art. 227, CF), máxime quando a Municipalidade não dispõe de outras políticas públicas que viabilizem o trabalho dos pais ou responsáveis.

B) ENSINO FUNDAMENTAL

O ensino fundamental, por força da Lei nº 11.274/2006, teve sua duração prolongada de oito para nove anos, sendo o seu acesso definido a partir dos seis anos de idade (art. 32, caput, LDB, com nova redação).

As diretrizes e os objetivos do ensino fundamental encontram-se descritos no art. 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996):

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

O ensino fundamental deverá ser ministrado em língua portuguesa, no entanto, às comunidades indígenas é assegurada a utilização de suas línguas maternas e os seus processos próprios de aprendizagem (art. 32, § 3º, LDB).

O ensino fundamental será presencial, permitida a modalidade de ensino à distância apenas como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais, como a educação de jovens e adultos (art. 32, § 4º, LDB).

Por fim, em obediência à determinação do art. 32, § 5º da Lei nº 9.394/1996, o currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual deverá ser impresso e distribuído na qualidade de material didático.

C) ENSINO MÉDIO

O ensino médio tem suas diretrizes básicas traçadas pelo art. 35 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que lhe determina a duração mínima de três anos e o condiciona às seguintes finalidades:

- a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos (art 35, inc. I, LDB);
- a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores (art 35, inc. II, LDB);
- o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico (art 35, inc. III, LDB); e
- a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina (art 35, inc. IV, LDB).

O currículo do ensino médio também está pautado na Lei nº 9.394/1996, mais precisamente pelos incs. e parágrafos do art. 36:

Art. 36. O currículo do ensino médio observará o disposto na Seção I deste Capítulo e as seguintes diretrizes:

I - destacará a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a

língua portuguesa como instrumento de comunicação, acesso ao conhecimento e exercício da cidadania;

II - adotará metodologias de ensino e de avaliação que estimulem a iniciativa dos estudantes;

III - será incluída uma língua estrangeira moderna, como disciplina obrigatória, escolhida pela comunidade escolar, e uma segunda, em caráter optativo, dentro das disponibilidades da instituição.

IV – serão incluídas a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.

O conteúdo, a metodologia de ensino e as formas de avaliação serão organizados de modo que concluído o ensino médio, o estudante domine os princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna e conheça as formas contemporâneas de linguagem (art. 36, § 1º, LDB).

O diploma expedido em razão da conclusão do ensino médio, por sua vez, terá equivalência legal e habilitará o estudante ao prosseguimento dos estudos em nível superior (art. 36, § 3º, LDB).

5.7.4 A EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA E PROFISSIONALIZANTE

Uma das grandes prioridades do País tem sido, por meio da educação, preparar o adolescente para a sua futura vida profissional. Assim, sendo certo o escasso mercado de trabalho para aquele que não possui qualificação - que é o caso do adolescente ao concluir o ensino médio –, foi aprovada a Lei nº 11.741/2008, que, ao acrescentar à Lei de Diretrizes e Bases os arts. 36-A, 36-B, 36-C e 36-D, integrou o ensino profissional e técnico ao ensino médio.

Pela nova Lei, o ensino médio, desde que atenda à formação geral do estudante, poderá também prepará-lo para o exercício das profissões técnicas (art. 36-A, LDB), e a preparação necessária à habilitação profissional poderá ser desenvolvida tanto no próprio estabelecimento de

ensino médio quanto em cooperação com instituições especializadas em educação profissional (parágrafo único, art. 36-A, LDB).

A **educação técnica** de nível médio poderá ser articulada concomitantemente com o ensino médio (art. 36-B, inc. I, LDB) ou ser a ele subsequente, em cursos destinados a estudantes que o houverem concluído (art. 36-B, inc. II, LDB). Todavia, não obstante a forma como venham a ser desenvolvidos, os programas dos cursos deverão observar as diretrizes curriculares nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação (art. 36-B, parágrafo único, inc. I, LDB) e as normas complementares dos respectivos sistemas de ensino (art. 36-B, parágrafo único, inc. II, LDB).

A **educação profissionalizante** técnica de nível médio, por sua vez, será desenvolvida de maneira integrada àqueles que já tenham concluído o ensino fundamental (art. 36-C, inc. I, LDB) ou concomitante aos que já ingressaram no ensino médio ou já o estejam cursando (art. 36-C, inc. II, LDB).

Os diplomas dos cursos de educação profissional ou técnica de nível médio, quando devidamente registrados, serão válidos em todo o território nacional, habilitando o estudante, inclusive, a prosseguir seus estudos em nível superior (art. 36-D, LDB).

Ainda, os cursos que optarem tanto pela forma concomitante quanto pela subsequente, quando estruturados e organizados em etapas, poderão possibilitar a obtenção de certificados de qualificação para o trabalho após a conclusão, com aproveitamento, de cada etapa que caracterize uma qualificação específica para o trabalho (art. 36-D, parágrafo único, LDB).

5.7.5 O ENSINO NOTURNO AO ADOLESCENTE TRABALHADOR

A Constituição Federal de 1988 previu como dever do Estado oferecer vagas de ensino noturno regular, adequado às condições do educando (art. 208, inc. VI), permitindo, assim, que o adolescente trabalhador não abandonasse a escola.

O Estatuto da Criança e do Adolescente limitou-se a repetir os termos da Carta Magna, em seu art. 54, inc. VI, *in verbis*:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao ado-

lescente:

[...]

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador.

Poderão frequentar a grade noturna, em princípio, os estudantes que tenham alcançado a idade mínima para o trabalho, qual seja, 16 anos, nos moldes do inc. XXXIII, art. 7º da Constituição Federal.

No entanto, ao adolescente maior de 14 anos de idade, que tiver firmado contrato de aprendizagem, também deverá ser permitido cursar o ensino noturno, recorrendo-se à tutela jurisdicional, quando lhe for negada matrícula (Amin, 2007, p. 53).

Ainda, há autores que defendem a possibilidade de matricular aquele que ainda não completou 16 anos em curso noturno quando a idade do adolescente for muito elevada com relação à série que se encontra, situação que configuraria, de certa forma, constrangimento ao adolescente (Amin, 2007, p. 53). Apesar de se entender que a prioridade seja para o ensino regular diurno, entende-se que nesses casos, quando a diferença entre a idade do adolescente e a média geral da turma é bastante elevada, deve ser facultada a opção dele cursar a educação de jovens e adultos, sob pena de o adolescente prejudicar sua formação por ficar na posição intermediária (nem o curso regular, nem o de jovens e adultos).

Não obstante o texto da lei, o ensino noturno é matéria controvertida na doutrina jurídica e, principalmente, na literatura técnica da pedagogia.

Castilho e Castro (2006), em matéria publicada na Revista Educação, denunciam que “*os alunos do ensino médio noturno vivem diante de uma mentira: a garantia legal da mesma qualidade do curso diurno*”.

Segundo os autores, as condições em que é oferecido o ensino noturno, hoje, tornam impossível o cumprimento da carga horária exigida por lei, importando em perda de conteúdo e qualidade da educação. Confirmando o ponto de vista, Rose Neubauer, Secretária da Educação do Estado de São Paulo entre os anos de 1995 e 2002, confessa que o rendimento dos alunos do período noturno é muito menor se comparado com os do diurno, declarando, ainda, que “*os alunos da mesma série*

do noturno têm, no mínimo, um ano de evasão de conteúdo em relação ao diurno” (Castro e Castilho, 2006).

Esse quadro de exclusão estampa os números da Fuvest: *“Apenas 398 (3,5%) dos 11.402 alunos matriculados em 2004 estudaram exclusivamente à noite – quase quatro vezes menos que o percentual de inscrições (12,4%) de oriundos do noturno em relação ao total”* (Castro e Castilho, 2006).

Essa disparidade no número de inscritos revela a falta de perspectiva dos estudantes do período noturno, além da baixa confiança nos seus próprios potenciais, haja vista que, apesar de representarem 43% dos de alunos do ensino médio público no Brasil, nem sequer se arriscam a entrar em uma universidade como a USP (Castro e Castilho, 2006).

De outro lado, os defensores da educação noturna colocam-na como um mal necessário, pois a realidade social brasileira impõe a meninos e meninas, nem alcançando a idade permitida em lei, que se lancem no mercado de trabalho e cumpram longas jornadas por baixos salários.

Em verdade, a maior parte desses adolescentes trabalha por necessidade e não por desejo próprio. Dessa forma, por ser meio de sobrevivência, a não-oferta de educação noturna importaria, necessariamente, na elevação dos números da evasão escolar e na diminuição, ainda mais acentuada, de oportunidades. O mais importante, portanto, é que o Promotor de Justiça garanta o ensino, por meio da ação competente, na modalidade mais adequada ao caso.

5.7.6 O PROCESSO EDUCACIONAL

Já dizia Kant:

É por isso que se mandam as crianças à escola: não tanto para que aprendam alguma coisa, mas para que se habituem a estar calmas e sentadas e a cumprir escrupulosamente o que se lhes ordena, de modo que depois não pensem mesmo que têm de pôr em prática as suas idéias.

Desde o Século XVIII, o filósofo alemão apontava a necessidade de rever a figura da “escola”. Todavia, ainda hoje, a escola precisa passar

por uma releitura e adequar-se às necessidades da sociedade hodierna.

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.437/1996), *“a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”* (art. 1º, LDB).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, determinou que, no processo educacional, *“respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura”* (art. 58, ECA).

Nesse diapasão, pela leitura conjunta dos dois dispositivos, o processo educacional não poderá ser mecânico, automático, não condizente com a realidade que cerca a criança e o adolescente. Deve-lhes ser garantida uma educação livre e plena, em que a criança e o adolescente sintam-se estimulados a criar, questionar e pensar por si próprios, não servindo de palco de violência simbólica a que se referia Dulce Whitaker⁶².

De outro lado, o que se observa, a cada dia, é o gritante desinteresse do estudante pela escola – situação que, muitas vezes, independe do estímulo dos pais e da consciência da importância da educação na sua formação. A escola vem sendo renegada porque, em geral, seus profissionais não são devidamente valorizados e qualificados.

O antigo método de memorização não tem espaço em uma sociedade com meios de comunicação tão velozes. A criança e o adolescente de hoje pertencem à era *google*, já nasceram com acesso ao computador e à Internet, são mais ágeis e maduros que a criança de outrora. As propostas pedagógicas deverão pensar nesses novos estudantes, e não nos de dez ou vinte anos atrás.

De outro lado, não há como negar a posição que o Brasil impõe ao magistério. Os salários irrisórios, a precariedade das escolas públicas, a total insegurança, entre tantas outras razões levam o professor para longe das salas de aula - dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas

62 A socióloga Dulce Whitaker afirma que a escola reflete o modelo violento de convivência social. Todavia, se dá de forma tão sutil, que esta “violência simbólica ajuda não só a obscurecer a violência que está no dia-a-dia, no cotidiano, como também a esconder suas verdadeiras causas”. Whitaker ainda aponta que, em regra, “os professores não se dão conta de que o que torna as crianças apáticas não são propriamente os conteúdos ministrados, mas sim o ponto de partida da ação pedagógica que se apresenta carregado de autoritarismo e, portanto, de violência simbólica” (Whitaker, 1994).

Educacionais (INEP) apontam o déficit de 771 mil professores na rede pública (Sayad, 2005).

Por fim, ainda quanto ao processo pedagógico, por disposição do parágrafo único do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito dos pais ou do responsável ter ciência dos processos pedagógicos, além de participar das propostas educacionais, visando à qualidade do ensino a que seus filhos estão submetidos.

5.7.7 O DIREITO À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

Entre os vários deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança e o adolescente, a Constituição Federal de 1988 determinou-lhes assegurar o direito à cultura e ao lazer.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, determinou como atribuição dos Municípios, com apoio dos Estados e da União, o estímulo e a destinação de recursos e os espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e juventude.

A criança e o adolescente caracterizam-se como pessoas em desenvolvimento e, em razão dessa condição peculiar, recursos como a arte, a educação e a cultura servem de alimento a sua personalidade e fortalecem as bases do seu processo de formação.

A atividade esportiva, em especial, reveste-se de grande importância na sociedade brasileira, por atuar como eficaz instrumento de inclusão social. São comuns os programas sociais que, por meio da atividade esportiva, afastam a criança e o adolescente do universo das drogas e da criminalidade, e os mantêm nos bancos escolares.

O acesso da criança e do adolescente ao lazer, entretanto, deverá ser adequado à sua faixa etária, devendo o conteúdo respeitar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de disciplinar a questão no Título III da parte geral, intitulado de “Da Prevenção”, que conta com os seguintes dispositivos:

Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando

sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

O órgão competente a que se refere o art. 74 é o Ministério da Justiça, que hoje disciplina a questão por meio do Manual da Nova Classificação Indicativa, aprovado pela Portaria nº 08, de 6 de julho de 2006, que se encontra disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça⁶³.

A Classificação Indicativa possui natureza informativa e pedagógica, devendo ser exercida de forma democrática de modo objetivo (art. 2º da Portaria, do Ministério da Justiça, nº 1.100/2006).

Contudo, nem todas as espécies de diversões públicas são classificadas diretamente pelo Ministério da Justiça. A classificação indicativa ocorrerá de modo direto nas diversões públicas indicadas no art. 3º da Portaria nº 1.100/2006: “*I - cinema, vídeo, dvd e congêneres; II – jogos eletrônicos e de interpretação (RPG)*”.

De outro lado, não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo pelo Ministério da Justiça, as diversões públicas exibidas ou realizadas ao vivo, tais como: “*I - espetáculos circenses; II - espetáculos teatrais; III - shows musicais; IV - outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público*” (art. 4º da Portaria nº 1.100/2006). Nesse caso, é comum a prática de Portarias expedidas pelos Juízes da Infância e Juventude de cada Comarca.

Ainda sobre o tema, dispõe o art. 75, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.

Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

⁶³ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/classificacao>> Acesso em 04/ago/2008.

O parágrafo único do art. 75 tem causado divergências de interpretação. Ainda que acompanhada de seus pais, a criança menor de dez anos poderá assistir apenas ao espetáculo próprio à sua idade. Não tem condão o entendimento de que, na companhia dos pais, em razão do poder familiar, estaria dispensado o rigor da classificação indicativa do Ministério da Justiça.

Na realidade, o poder familiar não é absoluto, não sendo permitido aos pais ou aos responsáveis pela criança e pelo adolescente expor-lhes a conteúdo que, apesar de inofensivo na sua opinião, foi avaliado pelo poder público como impróprio a determinada faixa etária.

O texto estatutário ao permitir a presença da criança com idade inferior a 10 anos em locais de apresentação ou exibição de espetáculos se acompanhada dos pais, na realidade, proibiu que, mesmo sendo livre a classificação do evento, ela entre ou permaneça desacompanhada no local.

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

O horário de exibição é igualmente disciplinado pelo Ministério da Justiça, que lista a classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres por meio da Portaria nº 1.220, de 11 de julho de 2007, cujo texto, na íntegra, encontra-se disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça⁶⁴.

O anúncio de programa sem a indicação dos limites de idade a que se recomendam importa na infração administrativa indicada no art. 253, já, a exibição de programa em horário considerado inadequado pelo Ministério de Justiça, acarreta a infração administrativa do art. 254, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

64 Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/classificacao>> Acesso em 19/nov/2008.

Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

A venda ou a locação de fita VHS, DVD ou Blu-Ray para a criança ou o adolescente em desacordo com a classificação etária que lhe foi atribuída, importa no cometimento da infração administrativa prevista no art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

A desobediência das determinações do *caput* e do parágrafo único do art. 78 implica a infração administrativa descrita no art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A imposição de lacrar o material impróprio não se confunde com censura, à medida que, se devidamente embalada, poderão as revistas e as demais publicações ser normalmente comercializadas a quem possua idade para tanto.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Assim, como ocorre com a desobediência ao artigo anterior, a não-observação das determinações do art. 79 – publicar ilustração, fotografia, legenda, crônica ou anúncios em material destinado ao público infanto-juvenil, com conteúdo impróprio - importa na infração administrativa

indicada pelo art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congênere ou por casas de jogos, assim entendidas as que realize apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.

A entrada ou permanência da criança e do adolescente nos estabelecimentos indicados pelo art. 80, independentemente se acompanhadas ou não de seus pais, importa na infração administrativa descrita no art. 258 do Estatuto.

Verifica-se, portanto, a importância do trabalho do Promotor de Justiça na fiscalização das opções de cultura e lazer que são oferecidas às crianças e aos adolescentes nas Comarcas, de modo que estejam eles livres de qualquer evento contrário à sua formação.

5.8 O DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO

De acordo com a redação da Constituição Federal, após a Emenda Constitucional nº 20/1998, a idade mínima para o trabalho é de 16 anos, salvo condição de aprendiz, a partir dos 14 anos de idade, estando vedado ao menor de 18 anos o trabalho noturno, perigoso ou insalubre (art. 7º, inc. XXXIII, CF).

Não obstante o ingresso no mercado de trabalho aos 16 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante ao adolescente o direito à profissionalização e à proteção do seu trabalho, devendo ser respeitada sua condição peculiar de pessoa em formação e observada sua capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho (art. 69, ECA).

Buscando materializar esse direito, o Estatuto previu duas figuras: a aprendizagem e a formação técnico-profissional (art. 62, ECA). A aprendizagem encontra disciplina na Consolidação das Leis Trabalhistas, que lhe determina a assinatura de contrato de aprendizagem (contrato de trabalho especial), a respectiva anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à

escola caso não tenha concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (art. 428, § 1º, CLT). Já a educação técnico-profissional, por sua vez, é aquela indicada no art. 39 da Lei de Diretrizes e Base da Educação e se propõe cumprir os objetivos da educação nacional, integrando-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia.

Quanto à formação técnico-profissional, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu os seguintes princípios: “I - *garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular*; II - *atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente*; III - *horário especial para o exercício das atividades*” (art. 63, ECA). Ao trabalho aprendiz, por sua vez, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários (art. 65, ECA).

Todavia, tanto na figura da aprendizagem quanto na da formação técnico-profissional, o trabalho educativo e a atividade laboral deverão obedecer às exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando, de modo que prevaleçam sobre o aspecto produtivo (art. 68, § 1º, ECA).

O contrato de aprendizagem é disciplinado pelos arts. 424 a 433 da CLT, com as modificações da Lei nº 10.097/2000.

Outrossim, a remuneração que o adolescente receber pelo trabalho efetuado ou pela participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura, de modo algum, o seu caráter educativo (art. 68, § 2º, ECA).

As disposições concernentes ao trabalho do adolescente encontram disciplina na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), nos arts. 402 a 441, sob o título “*Da proteção ao trabalho do menor*”, devendo, contudo, seus dispositivos serem interpretados à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Algumas disposições da CLT merecem destaque. O art. 405, em seu § 3º, considera prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

- a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;
- b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;

c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral;

d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas.

As atividades indicadas nas alíneas “c” e “d” não poderão ser executadas pelo adolescente, enquanto as das alíneas “a” e “b” são admitidas se autorizadas pela autoridade judiciária da Vara da Infância e da Juventude (art. 406, CLT).

O empregador, cuja empresa ou cujo estabelecimento contratar adolescente, será obrigado a conceder-lhe o tempo que for necessário para a frequência às aulas (art. 427, CLT).

O empregado adolescente que ainda estudar, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares (art. 136, § 2º, CLT).

Sabe-se que a realidade financeira das famílias brasileiras, por vezes, faz com que crianças e adolescentes se lancem ao mercado de trabalho. Entretanto, o trabalho precoce, e as longas jornadas de trabalho e péssimas condições, gera diversos problemas de saúde e aumento dos índices de mortalidade, além de criar um ciclo vicioso para a família carente.

A infância é a época na qual a pessoa está se formando física e psicologicamente. Nesse período, além de freqüentar a escola, que o trabalho precoce prejudica, a criança e o adolescente devem brincar.

Deve-se tomar um cuidado muito grande quando se fala em profissionalização dos adolescentes. Normalmente, aqueles que discursam muito acerca do trabalho como saída para os problemas da infância e da juventude, são os mesmos que mantêm seus filhos em boas escolas e universidades até que, já adultos, possam ingressar no mercado econômico.

Por fim, vale destacar que o Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou por meio da Resolução nº 69/2011 a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente nos processos judiciais em que se requer autorização para o trabalho de crianças e adolescentes menores de 16 anos de idade.

5.9 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Ministério Público, por força do art. 129, inc. IV, da Constituição Federal, tem legitimidade para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade diante de lei ou ato normativo em desacordo com as normas protetivas dispostas pelas Constituições Federal e Estadual.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é instrumento do controle direto da constitucionalidade de leis e atos normativos, exercido perante o Supremo Tribunal Federal (para contestar lei ou ato normativo federal ou estadual que contrarie dispositivo da Constituição Federal) ou os Tribunais da Justiça Estadual (para contestar leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados no texto da Constituição Estadual).

Os legitimados pela Constituição Federal encontram-se listados pelos inc.s do art. 103, quais sejam: *“I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”*.

A Constituição do Estado de Santa Catarina determinou como competência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina processar e julgar, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face do seu próprio texto (art. 83, inc. XI, alínea “f”, CE).

Ainda, de acordo com o texto constitucional estadual, são partes legítimas para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal: *“I - O Governador do Estado; II - a Mesa da Assembleia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais; III - o Procurador-Geral de Justiça; IV - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; V - os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa; VI - as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual; VII - o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal”* (art. 85, CE).

Desse modo, há uma distinção determinante entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade movida perante o Supremo Tribunal Federal daquela interposta diante do Tribunal de Justiça – esta poderá ser interposta por quaisquer dos membros do Ministério Público, enquanto aquela apenas será admitida se firmada pelo Procurador-Geral da República.

O processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal encontram disciplina na Lei nº 9.868/1999, cujos dispositivos aplicam-se subsidiariamente às Ações Diretas de Inconstitucionalidade promovidas pelo *Parquet* estadual catarinense.

São requisitos da peça inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade: a) a transcrição do dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado; b) a exposição dos fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; e c) o pedido, com suas especificações (art. 3º, Lei nº 9.868/1999).

Uma vez proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade não será admitida sua desistência (art. 5º, Lei nº 9.868/1999), além de não ser admitida a intervenção de terceiros ao longo do processo (art. 7º, Lei nº 9.868/1999).

Caso a Ação Direta de Inconstitucionalidade não tenha sido interposta pelo *Parquet*, deverá seu representante atuar na qualidade de *custos legis*, manifestando-se no prazo de quinze dias (art. 8º, Lei nº 9.868/1999, art. 85, § 1º, CE, e art. 103, § 1º, CF).

As decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade possuem efeito “*erga omnes*”, ou seja, atingem a todos, mesmo os que não participaram da relação processual em que se deu a decisão.

Ademais, em razão do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999, as decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, terão efeito vinculante, à medida que se submetem a ela demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal.

6 O PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO FISCAL DA LEI

O Estatuto da Criança e do Adolescente aponta a necessidade de ouvir o Ministério Público em diversas oportunidades, situações que, se não observadas, poderão acarretar a nulidade de todo o processo.

Assim, diante da importância das manifestações do Promotor de Justiça, nos processos e procedimentos afetos aos interesses da criança e do adolescente, o presente Capítulo deste Manual destina-se à atuação do Ministério Público na modalidade de fiscal da lei.

Antes de tratar diretamente das situações previstas pela Lei nº 8.069/1990, é necessário discorrer acerca de algumas peculiaridades das atribuições típicas das atividades na modalidade de *custos legis*.

6.1 PECULIARIDADES DA ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE *CUSTOS LEGIS*

Do latim, “*custos legis*”, significa “o guardião da lei”. Apesar das origens históricas do Ministério Público estarem diretamente ligadas com o poder do Estado de acusar, ou seja, de promover a ação penal, após

a Revolução Francesa (1789), nasceu um *Parquet* delineando a divisão dos Poderes do Estado: “*no momento em que os reis deixam de realizar justiça pessoalmente, delegando tal função aos magistrados, surge a necessidade de um órgão fiscalizador da atuação dos juizes, o Ministério Público*” (Maia Neto, 2008).

O sistema processual civil brasileiro prevê duas formas de atuação do Ministério Público: 1) como parte, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo; e, 2) como fiscal da lei nos demais casos (arts. 81 a 84, CPC).

Dal Pozo (2003, p. 688-9) aponta que a figura de um guardião da ordem legal surge no Brasil como herança do direito francês, todavia, ainda hoje não existe um conceito científico para a terminologia “*custos legis*”. Ao citar Pontes de Miranda, o autor afirma que “*a expressão fiscal da lei apenas evita o trabalho mental de se precisar qual figura, e devemos riscá-la de toda a exposição científica*”.

Apesar de algumas teses da doutrina processualista, a dicotomia parte *versus custos legis* existe. Quando atua como parte, o *Parquet* assume os mesmos ônus e recebe as mesmas prerrogativas conferidas às partes, constituindo-se como vértice da relação processual triangular. De outro lado, ao atuar como fiscal da lei, o representante do Ministério Público perde estas características, sendo-lhe atribuído o dever de imparcialidade e desinteresse no resultado final da lide.

O reconhecimento dessa dicotomia, entretanto, não nega a natureza pública do *Parquet* nos processos que atua a título de fiscal da lei - o Ministério Público será sempre parte pública, pois provoca a tutela jurisdicional do Estado com fins em valer o interesse público (Dal Pozo, 2003, p. 689).

A) A OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO:

De acordo com o Código de Processo Civil, quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte interessada deverá promover-lhe intimação, sob pena de nulidade do processo (art. 84, CPC).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido, determinou que nos processos que tratem de interesse da criança e do adolescente, quando não for parte, o Ministério Público atuará como fiscal da lei, sendo sua presença obrigatória, sob pena de recair nulidade sob todo o processo (art. 202, ECA).

Vários motivos levaram o legislador a conferir tamanha importância à intervenção ministerial na modalidade de *custos legis*. Dal Pozzo (2003, p. 686-7), a respeito da matéria, entende que a imprescindibilidade da atuação do *Parquet* ocorrerá sempre porque:

1ª Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a igualdade das partes no processo (...).

2ª Quando a condição pessoal da parte torna seu direito indisponível ou disponível de forma limitada.

3ª Quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade de seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota da indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge.

4ª Quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como os interesses difusos ou coletivos).

Diante de tudo isso, sendo certa a importância do olhar ministerial nos procedimentos atinentes à infância e juventude, uma vez que seu representante poderá e deverá influenciar na decisão da lide, não deve ser subestimada sua atuação a título de *custos legis*.

B) A INTIMAÇÃO:

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou em seu art. 203 que a intimação do Ministério Público, necessariamente, dar-se-á de modo pessoal.

Tal regra já encontrava igual disciplina no Código de Processo Civil, conforme se vislumbra da leitura do §2º do art. 236: “*A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente*”. Mesma lógica é anunciada pela Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), que confirma tal necessidade.

Apenas por meio da intimação pessoal está garantida a regularidade do processo, haja vista que somente assim há certeza absoluta da ciência das decisões judiciais. Destarte, não há que se falar em intimação por

Diário Oficial, devendo o cartório judicial remeter os autos ao Ministério Público para ciência de cada decisão.

C) A FALTA DA INTERVENÇÃO:

Conforme exposto anteriormente, a falta de intervenção do Ministério Público, quando a lei considerá-la obrigatória, acarretará na nulidade do feito, o que será declarado de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado (art. 204 do ECA e art. 84 e 246 do CPC).

Indica expressamente o art. 246 do Código de Processo Civil:

Art. 246. É **nulo** o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

Trata-se, portanto, de causa de nulidade absoluta, ou seja, o vício é grave e insanável, de modo que, por contrariar o interesse público, não é admitida sua convalidação. A autoridade judiciária deverá, assim que constatar a nulidade, declará-la de ofício, independentemente de provocação das partes. As partes, por sua vez, poderão alegá-la a qualquer tempo, não prevalecendo o instituto da preclusão.

Todavia, assim como ocorre no processo civil, a declaração de nulidade não poderá beneficiar a parte que lhe deu causa (art. 243, CPC) e a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes (art. 248, CPC).

Muito embora a lei tenha expressamente declarado que a não-intervenção do *Parquet* torna o feito nulo, não há como olvidar que parte da doutrina pretende lhe conferir efeitos apenas da nulidade relativa.

Tesheiner (2004) defende que, antes de declarar tal nulidade, deveria o magistrado remeter aos autos ao Ministério Público, que, por sua vez, decidiria se houve ou não prejuízo dos interesses para o qual foi chamado a defender. Dessa maneira, o Ministério Público poderia recusar-se a intervir e optar pelo não-pronunciamento da nulidade.

De acordo com o Autor, caberia ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário, decidir acerca da existência de interesse público ou de prejuízo decorrente de sua própria intervenção, citando o seguinte parecer (Machado *apud* Tesheiner, 2004):

Temos nos convencido de que o melhor posicionamento é o que sustenta a viabilidade da sanção do vício pela ratificação manifestada pelo Ministério Público de primeiro ou de segundo grau na hipótese deste considerar ausente o prejuízo para o incapaz. Ora, se a função de assistência visa ao prevalecimento do interesse do autor ou réu hipossuficiente e a sentença proferida atende integralmente a esse interesse, ainda que para tal não haja contribuído o *parquet*, não há motivo que justifique a anulação. Muito mais relevante para o Estado e a sociedade é o reconhecimento do interesse do incapaz, que é indisponível, do que a estrita observância do meio para se chegar a esse fim. A anulação neste caso, e a bem da verdade, só teria o condão de prejudicar o assistido. Por tais motivos é que entendemos aplicável à intervenção da curadoria de incapazes a regra contida no §2º do art. 249 do Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade nele consagrado, uma vez que em tais situações o sucesso da parte é sinônimo do sucesso da defesa espontânea do incapaz e, conseqüentemente, do interesse que o inc. I do art. 82 quis resguardar. Pelo contrário, se na causa houver sucumbência parcial do hipossuficiente, caberá ao órgão do *parquet* analisar com cuidado todas as nuances do processo para, então, concluir se é mais vantajoso pedir a anulação (percebida a possibilidade de melhor sorte na demanda com o retrocesso e a atividade ministerial coadjuvante) ou ratificar todos os atos do incapaz (se percebida a adequação da sentença aos fatos provados com eficiência nos autos).

Não obstante a coerência da corrente doutrinária, não há como negar a letra da lei. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Civil determinaram-lhe nulidade absoluta que merece ser declarada.

Ademais, se o legislador determinou que o Promotor de Justiça participasse de todos os atos processuais, fê-lo para que este, na qualidade de guardião da lei, pudesse conhecer e influenciar no processamento da lide. Destarte, a mera atuação formal ao término do procedimento, realizada a partir da simples leitura da tese jurídica, não tem força para

convalidar tal vício (Dal Pozzo, 2003, p. 693).

Dessa forma, ciente de que sua atuação é capaz de orientar a decisão da autoridade judiciária, espera-se que o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude prime por sua intervenção em todos os atos processuais, cumprindo suas atribuições constitucionais e estatutárias, e não apenas os requisitos formais da lei.

D) A FORMA DE ATUAÇÃO:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o Código de Processo Civil – cujas previsões lhe são aplicadas subsidiariamente (art. 152, ECA), prevêem algumas condições à atuação do Ministério Público na modalidade de fiscal da lei.

Determina o art. 83 do Código de Processo Civil:

Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

No mesmo sentido, a Lei nº 8.069/1990, ao prever a intervenção obrigatória do *Parquet* nos procedimentos afetos à infância e à juventude em que não for parte, facultou-lhe vista dos autos depois das partes, permitindo-lhe, ainda, juntar documentos e requerer diligências (art. 202, ECA).

As manifestações do representante do Ministério Público deverão ser, necessariamente, sempre fundamentadas, conforme determina o texto constitucional (art. 129, inc. VIII, CF) e estatutário (art. 205, ECA).

Por fim, recorda-se que, embora não esteja atuando como parte, mas apenas na qualidade de *custos legis*, o representante do Ministério Público deverá declarar-se impedido ou suspeito nas hipóteses que determina a lei (art. 138, inc. I, CPC).

6.2 AS PREVISÕES ESTATUTÁRIAS

Realizada as ponderações imprescindíveis a respeito da atuação do Promotor de Justiça na modalidade de fiscal da Lei, passa-se a identificar as ocasiões em que o legislador estatutário previu expressamente sua atuação.

Antes, no entanto, recorda-se da determinação do art. 202: “*nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei*”.

6.2.1 NOS PROCEDIMENTOS DE CUNHO FAMILIAR

a) **para a perda ou a suspensão do poder familiar:** A autoridade judiciária deverá ouvir o representante do Ministério Público antes da decretar a suspensão do poder familiar, independentemente dela se dar na forma liminar ou incidental (art. 157, ECA). Ainda quanto ao procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar, após o prazo contestatório, tendo ou não o requerido apresentando defesa, a autoridade judiciária conferirá vista dos autos ao *Parquet* pelo prazo de cinco dias (art. 161 e 162, ECA).

b) **na concessão ou na revogação da guarda:** para a revogação ou a concessão do pedido de guarda, deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 35, ECA).

c) **na adoção:** tanto o deferimento da inscrição de criança ou adolescente, em condições de serem adotados em listas de adoção, quanto o deferimento da inscrição de interessados em adotar ocorrerão após ouvido o Ministério Público (art. 50, §1º, ECA).

6.2.2 NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

a) **na modificação da medida:** para modificar, prorrogar ou re-

vogar medida de liberdade assistida, deverão ser ouvidos o orientador, o defensor do adolescente e o Ministério Público (art. 118, §2º, ECA).

b) **na desinternação:** em qualquer uma das hipótese de desinternação, deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 121, §6º, ECA).

6.2.3 NO AFASTAMENTO PROVISÓRIO DO DIRIGENTE DE ENTIDADE DE ATENDIMENTO

Para decretar o afastamento provisório do dirigente de entidade de atendimento à criança e ao adolescente, a autoridade judiciária deverá ouvir o Ministério Público (art. 191, parágrafo único, ECA).

6.2.4 NOS PROCEDIMENTOS NÃO DISCIPLINADOS PELA LEI Nº 8.069/1990

Caso seja apurada a necessidade de, em nome da garantia do direito da criança e do adolescente, ser auferida medida judicial não correspondente a procedimento previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou em outra lei que lhe seja aplicada subsidiariamente, é facultado à autoridade judiciária investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, devendo antes, para tanto, ouvir o Ministério Público (art. 153, ECA).

6.2.5 NAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

As ações de responsabilidade pelo cometimento de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, quando interpostas por outro legitimado que não o *Parquet* (Conselho Tutelar ou servidor cadastrado – art. 194, ECA), após o prazo de defesa, deverá ser conferida vista dos autos ao Ministério Público para manifestação (art. 196, ECA).

6.2.6 NA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM ENTIDADE DE ATENDIMENTO

Assim como ocorre com o procedimento que apura infração administrativa, quando o procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento não tiver sido proposto pelo Ministério Público, mas sim por outro legitimado (Conselho Tutelar ou portaria de autoridade judiciária – art. 191, ECA), deverá ser conferido o prazo de cinco dias, a contar da audiência, para o representante do *Parquet* apresentar suas alegações (art. 193, §1º, ECA).

7 O PROMOTOR DE JUSTIÇA E OS PROCEDIMENTOS NÃO JURISDICIONAIS

No presente Capítulo deste Manual será tratado o campo da atuação não jurisdicional do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, com especial enfoque nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A esfera extrajudicial é de significativa importância, uma vez que, por meio dela, o Ministério Público obtém soluções preventivas, rápidas e, muitas vezes, na dimensão consensual, sendo a outra parte o próprio Estado ou o particular.

Santos (2007, p. 59) defende a tese de que, por meio da tutela extrajurisdicional dos direitos coletivos, o Ministério Público estaria promovendo uma “revolução silenciosa” na sua gama de atuações. De acordo com a Autora, a ampliação de funções do *Parquet* decorre do aumento da demanda pela tutela dos direitos difusos, que se traduz na expectativa de atendimento de direitos sociais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ciente desta importância, determinou como competência do Ministério Público o zelo “*pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis*” (art. 201, inc. VIII, ECA).

Desta forma, para defender e garantir o interesse da criança e do adolescente, o Promotor de Justiça não está restrito ao universo dos processos judiciais e aos gabinetes dos juízes, posto que a lei autorizou e determinou sua atividade administrativa.

Cabe ao Promotor de Justiça desmistificar este sentimento que enlaça a tutela do direito ao Poder Judiciário, ultrapassando a “cultura judicialista” hoje enraizada no sentimento do operador jurídico, porquanto nem sempre a prestação jurisdicional representa a efetiva proteção do direito – em especial quando a sua efetivação ocorre apenas após o trânsito em julgado da decisão final, o que pode atravessar décadas de contínua espera.

A atuação extrajudicial é atribuição constitucional e estatutária do Ministério Público, e seu exercício em nada fere o direito constitucional de livre acesso à justiça previsto pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

7.1 AS PRERROGATIVAS NA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Para o bom desempenho das funções indicadas no seu art. 201, inc. VIII – adotar medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para o efetivo respeito aos interesses da criança e do adolescente – o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao *Parquet* algumas faculdades e prerrogativas.

Nesse diapasão, pela permissão do art. 201, §5º, o representante do Ministério Público poderá:

- reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência (alínea “a”);
- entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados (alínea “b”); e,
- efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação (alínea “c”).

Sem a previsão dessas faculdades, o Promotor de Justiça ver-se-ia

atado, não conseguindo desenvolver suas funções extrajudiciais e, em consequência, não garantindo a efetiva tutela do direito da criança e do adolescente para além dos pleitos jurisdicionais.

O termo de declaração poderá instruir o procedimento administrativo ou mesmo, servir como meio probante em via judicial. Da mesma forma, caso seja apurada a inverdade da notícia e a má-fé de seu informante, sua assinatura ao final do termo é também meio de prova para a promoção da ação penal pelos crimes de denunciação caluniosa (art. 339, CP) e de comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340, CP):

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, Inquérito Civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

Art. 340. Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Ao permitir o *Parquet* a promoção do acordo consensual com a pessoa ou a autoridade reclamada, o legislador autorizou a aplicação do “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta” como instrumento de efetividade dos direitos da criança e do adolescente.

Da mesma maneira, a expedição de recomendações que visem à melhoria dos serviços afetos à criança e ao adolescente conferem ao Promotor de Justiça a liberdade para sanar irregularidades sem, necessariamente, a via jurisdicional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou ainda que, no exercício de suas atribuições, o representante do Ministério Público terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente (art. 201, §3º, ECA), podendo requisitar força policial para tanto (art. 201, inc. XII, ECA).

7.2 OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E AS SINDICÂNCIAS

Corriqueiramente, notícias de desrespeito aos direitos da criança e do adolescente chegam ao conhecimento do Promotor de Justiça. Para a apuração destas denúncias, o legislador criou a figura do “procedimento administrativo”- instrumento que permite, inclusive, a produção das provas necessárias ao pleito pela tutela jurisdicional.

Na instrução do procedimento administrativo, a Carta Constitucional permitiu que o Ministério Público expedisse notificações requisitando informações e documentos (art. 129, inc. VI, CF).

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi além, uma vez que listou diversas prerrogativas na instrução do procedimento administrativo, o que se observa da leitura do art. 201, inc. VI:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

(...)

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas.

A solução dos conflitos de interesse, quando resolvidos por meio do procedimento administrativo, apresenta incontáveis benefícios com relação aos processos jurisdicionais – é dada de modo mais célere, pode decorrer do consenso e, principalmente, não eleva a sobrecarga do Poder Judiciário.

No âmbito do Ministério Público de Santa Catarina, o Ato nº 081/2008/PGJ regulamenta a instauração e tramitação de inquérito civil, nos termos do disciplinado pela Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público.

7.3 A FISCALIZAÇÃO ÀS ENTIDADES DE ATENDIMENTO.

Compete ao Ministério Público, por previsão do art. 201, inc. XI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inspecionar as entidades públicas ou particulares de atendimento e os programas de que trata o próprio Estatuto, adotando as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades que venham ser verificadas.

Considerando o histórico das entidades de atendimento à criança e ao adolescente no Brasil, permeado de irregularidades, abusos e desrespeito, o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude deverá fiscalizá-las de modo bastante rigoroso.

Em 1999, no Complexo dos Imigrantes em São Paulo, ocorreu a maior rebelião da história da Febem quando um dos internos foi decapitado pelos colegas. Naquela época, o então presidente do Sindicato dos Monitores da Febem, Antonio Gilberto da Silva, em entrevista, contou as condições oferecidas pela instituição aos meninos:

Fisicamente aquilo parece Auschwitz. É um campo de concentração. Parece o inferno. É parede desabando, banheiro entupido, menino tomando banho com água suja até a canela. No Complexo Imigrantes, são três chuveiros para cada ala de 400 adolescentes. Quando terminam, estão piores do que quando começaram. Fica resíduo de sabão no corpo, dá micose. As doenças de pele passam de um para o outro, porque a roupa de cama é lavada, no máximo, uma vez por semana. As roupas com que eles dormem são as mesmas com que jogam bola e jantam.

(...)

A comida é um arroz duro, com um feijão duro e um ovo duro e sem sal.

(...)

Não tem atividade nenhuma. Tem algumas horas de escola e futebol, quando tem bola. Mas vigora um esquema de revezamento para uso da quadra. Tirando isso, eles ficam sentados no chão do pátio (Oyama, 1999).

Na ocasião, ao ser questionado se a Febem era capaz de recuperar aqueles adolescentes, o sindicalista confessou que a grande maioria deles,

ao término da medida, estava muito mais violento do que quando entrou pelos portões da instituição.

Infelizmente notícias desanimadoras das instituições de atendimento não ficaram no passado. Há poucos anos, a presidente da Fundação Casa (que “substituiu” a Febem de São Paulo), Berenice Maria Giannella, foi afastada do cargo em razão de reiterado descumprimento de ordem judicial. As unidades apresentavam constantemente quadros de expressiva superpopulação e a “Unidade de Atendimento Inicial” – um centro de triagem – abrigava vários adolescentes já sentenciados à medida de internação, muitos deles há mais de três meses no local (Consultor Jurídico, 2007).

Além da superpopulação, o atendimento inadequado ao adolescente e o pedido reiterado de prazos para adequação – situação que perdurava, judicialmente, desde o ano 2000 – motivaram a decisão (Consultor Jurídico, 2007).

Apesar das disposições estatutárias, o Poder Público não foi capaz de modificar suas estruturas de atendimento à criança e ao adolescente, que, em sua maioria, apenas se propõe a copiar a estrutura do cárcere, largando o adolescente à ociosidade e não promovendo o processo de ressocialização que a ela é atribuído.

O Promotor de Justiça terá acesso livre a qualquer das instituições de atendimento, independentemente de dia ou horário, haja vista que o art. 201, §3º, do texto estatutário conferiu-lhe livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente.

Caso o dirigente ou funcionário da entidade tente impedir o acesso do representante do *Parquet*, este poderá requisitar auxílio de força policial (art. 201, inc. XII, ECA) e aquele responderá pelo tipo penal indicado no art. 236 do Estatuto, *in verbis*:

Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

A fiscalização compreende inúmeros aspectos:

- deverá estudar a documentação e os registros da entidade, obser-

vando se estão em dia.

- deverá apurar: a) se a estrutura da entidade é adequada às suas propostas; b) se os alimentos oferecidos aos internos e abrigados é suficiente em quantidade e valor nutricional; c) se os procedimentos de higiene são satisfatórios; e, d) se há profissionais qualificados, em número suficiente para o atendimento de todos os internos e acolhidos institucionalmente.

- deverá analisar se as entidades que desenvolvem programas de acolhimento institucional encontram-se em harmonia com os princípios ditados pelo art. 92⁶⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- deverá analisar se as entidades que desenvolvem programas de internação estão cumprindo as obrigações que lhe são impostas no art. 94⁶⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

65 **Art. 92.** As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

- I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;
- III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
- V - não desmembramento de grupos de irmãos;
- VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
- VII - participação na vida da comunidade local;
- VIII - preparação gradativa para o desligamento;
- IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

66 **Art. 94.** As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

- I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;
- II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
- III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
- IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;
- V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;
- VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;
- VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
- VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;
- IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
- X - propiciar escolarização e profissionalização;
- XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;
- XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
- XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;
- XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;
- XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da sua Resolução nº 67/2011, dispõe sobre a uniformização das fiscalizações pelos membros do Ministério Público, de unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade.

A Resolução nº 67/2011, em seus anexos, traz roteiros diferenciados para as inspeções bimestrais e anuais das unidades de internação e de semiliberdade. As condições de cada entidade de atendimento e dos programas de execução, quando necessário, deverão ser objeto de relatório a ser encaminhado à Corregedoria da respectiva unidade do Ministério Público, indicando-se as providências tomadas para a promoção de seu adequado funcionamento.

Durante a fiscalização, é importante que o Promotor de Justiça tenha contato direto com as crianças e os adolescentes, conversando privativamente com cada um deles, aproveitando para questionar-lhes acerca do funcionamento da casa e de eventuais irregularidades ocultas.

Ao final da fiscalização, caso sejam apurados problemas passíveis de regularização, o Promotor de Justiça expedirá recomendações à direção da instituição, conferindo-lhes prazo para regularizar a situação.

De outro lado, caso os problemas apurados sejam demasiadamente graves, não sanáveis, ou, ainda, caso não tenham sido acatadas as recomendações no prazo indicado, deverá o representante do Ministério Público instaurar procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, cuja disciplina é objeto dos arts. 191 a 193 do Estatuto.

7.4 A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DAS VERBAS DO FUNDO MU-

XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;

XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;

XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;

XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

§ 1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programas de acolhimento institucional e familiar.

§2º No cumprimento das obrigações a que alude este art. as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

NICIPAL DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente encarregou o Ministério Público de determinar, em cada Comarca, a forma de fiscalização da aplicação dos incentivos fiscais referidos no seu art. 260 pelo Fundo Municipal da Infância e da Adolescência, (art. 260, § 4º, ECA).

O art. 260 trata da possibilidade de o contribuinte deduzir do imposto devido, na declaração do Imposto sobre a Renda, o total das doações feitas aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente - nacional, estaduais ou municipais - devidamente comprovadas, obedidos, além dos limites fixados em seus incs. I e II, com redação conferida pela Lei nº 12.594/12, no caso, 1% do imposto sobre a renda devido apurado pelas pessoas jurídicas (tributadas com base no lucro real), e 6% do imposto sobre a renda apurado pelas pessoas físicas (na Declaração de Ajuste Anual).

Não é o caso de mero reforço à atribuição do Ministério Público de fiscalizar o uso do dinheiro público, pois o legislador foi muito além. Na realidade, atribuiu-se ao *Parquet* o poder de comando da fiscalização das verbas do fundo, podendo, inclusive, determinar o modo que a fiscalização se desenvolverá (Bordallo, 2007, p. 385). No entanto, há de se ressaltar que este “poder” está restrito aos valores que impliquem em incentivo fiscal, conforme se observa da leitura da parte final do §4º do art. 260.

Ao vislumbrar os motivos que levaram o legislador a conferir esta importante atribuição ao Ministério Público, Bordalo (2007, p. 386), em nome do *Parquet* fluminense, assim expõe:

Cremos ter sido uma tentativa de incrementar as doações para os fundos municipais, pois verificamos que em um grande número de localidades, estes não saíram do papel, tendo em vista a inexistência de doações. Pensamos que, com a intervenção do Ministério Público, no comando da fiscalização, cresça a confiança da população na correta aplicação das doações, o que fará com que estas sejam incrementadas e projetos comecem a ser beneficiados, fazendo com que um maior número de crianças e adolescentes venham a ser atendidos e passem a ter seus direitos assegurados.

O autor ainda lista uma série de orientações que facilitam o desem-

penho desta função (Bordalo, 2007, p. 385):

- as regras da fiscalização deverão constar em Portaria expedida com esta única finalidade;

- a portaria deverá abordar, entre outras previsões que atendam as peculiaridades de cada localidade, os seguintes conteúdos: a) existência de perícia contábil, b) visitas aos executores dos projetos beneficiados, c) entrevistas com os destinatários;

- elaborada a Portaria, deverá ser dada ciência ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, determinando sua adaptação e aparelhamento para o cumprimento das suas determinações; e,

- havendo a necessidade de equipe ou corpo técnico, poderão seus membros ser indicados pelo Ministério Público.

Ainda, nas comarcas que contam com mais de uma Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, sendo compartilhada a competências quanto à fiscalização das verbas do Fundo Municipal da Infância e da Adolescência, é necessário que seja expedida portaria conjunta.

Por fim, destaca-se que a atribuição do art. 260, §4º do Estatuto da Criança e do Adolescente não retira do Tribunal de Contas a competência de atuar na fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional do patrimonial público.

7.5 A ATUAÇÃO NA ARTICULAÇÃO DA REDE DE GARANTIA

A maior parte do trabalho de um Promotor de Justiça da Infância e Juventude, está na esfera de atuação extrajudicial, e o fundamental neste trabalho é que haja uma rede articulada de garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Nenhum órgão, ou da área da saúde, da educação, da segurança, da assistência social, ou os Conselhos, ou, ainda, o Poder Judiciário consegue, sozinho, resolver a imensa gama de problemas existentes nesta seara. Somente por meio da conjunção de esforços é que se pode atingir bons resultados.

Nesse contexto, o Promotor de Justiça passa a ser um grande ar-

ticulador dos órgãos diretamente envolvidos na defesa das garantias. É importante, portanto, que conheça bem as instituições e seus dirigentes.

Uma rede bem articulada trabalha por si só e dá celeridade ao atendimento das crianças e adolescentes, sem a necessidade de se recorrer à via judicial cada vez que um direito é ameaçado.

O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente é tema amplamente trabalhado no volume II do Manual do Promotor de Justiça da Infância e Juventude.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A INFÂNCIA E A JUVENTUDE QUE DESEJAMOS

Ultrapassada a maioridade legislativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, a maturidade cultural ainda é o desafio mais importante imposto à sociedade, afinal, a efetivação dos direitos da criança e do adolescente é elemento essencial da própria continuidade da espécie humana.

Nesse processo, ocupa lugar central a construção da cidadania à infância, de modo que possam, crianças e adolescentes participar de forma ativa na sociedade democrática da sociedade, hoje centrada no adulto.

Longe do pessimismo e do ceticismo, normalmente presentes nos discursos, há muito que comemorar com a chegada da Constituição e do Estatuto, em especial a adoção da Doutrina da Proteção Integral e, com ela, a afirmação da prioridade absoluta para a infância e para a adolescência e a responsabilidade dividida solidariamente entre a família, a sociedade e o Estado.

Há um caminho longo a ser percorrido. O Estatuto precisa con-

tinuar ganhando vida. Investimento em políticas públicas, estruturação dos Conselhos Tutelares, ampliação do atendimento às questões de saúde e assistência social, garantia do pleno acesso à educação e respeito aos adolescentes em cumprimento de medida sócioeducativas são demandas que nos batem à porta cotidianamente.

Criança e adolescente combinam com vida e alegria e, portanto, precisam eles ser inseridos no pacto social da modernidade, com investimento em políticas públicas, dando-lhe uma oportunidade de futuro, sem esquecer as necessidades do presente. O Estatuto, antes de ser criticado, merece uma chance de ser cumprido.

A importância que o Poder Público dá as suas crianças e seus adolescentes é talvez o melhor indicador de como respeita os direitos humanos e se interessa pela dignidade de suas pessoas.

Nesse sentido é que o Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude, ao encerrar mais uma edição do Volume I deste Manual espera que sua utilização seja útil aos colegas que atuam nesta seara tão trabalhosa quanto recompensadora, cativante, nobre e desafiadora.

9 REFERÊNCIAS

AMIM, Andréa Rodrigues. “Doutrina da Proteção Integral” e “Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente”. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ANTOUX, Paul. **A revolução industrial no século XVIII: estudo sobre os primórdios da grande indústria moderna na Inglaterra**. São Paulo: UNESP, 1988.

ARIÈS, Phillipe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1978.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEAUCLAIR, João. **Entrevista sobre o brincar**. Disponível in: <<http://www.profjo-aobeauclair.net/visualizar.php?id=244255>> Acesso em: 5 ago. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Ação Civil Pública”. In: MACIEL, Kátia (co-

ord). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Ministério Público”. In: MACIEL, Kátia (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BRASILEIRO, Ana Maria, “Art. 21”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Gláucia da Motta. **Variáveis de risco para a gravidez na adolescência**. Tese apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre, Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica, Campinas, 2001.

CASTILHO, Alceu Luís; CASTRO, Fábio de. **Ensino noturno: a marca da desigualdade**. Agência Repórter Social. Disponível in: <<http://www.reportersocial.com.br/noticias.asp?id=1193>> Acesso em: 31 jul. 2008.

CIA – Central Intelligence Agency. **The World Factbook 2012**. Disponível in <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/br.html>> Acesso em 10/jan/2013.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. “Art. 19”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Rede de Direitos e Desejos Humanos. **A constituição alemã de 1919**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>> Acesso em: 21 jul. 2008.

DAL POZO, Antônio Araldo Ferraz. “Art. 202” e “Art. 204”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DICIONÁRIO Aurélio Eletrônico. **Novo dicionário da língua portuguesa**. V. 20. 1997.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010.

DISSINGER, Marisa Rocha Teixeira (coord et alli). **Manual de atuação funcional dos promotores de justiça do estado de São Paulo**. São Paulo: APMP, 1999.

DORNELLES, João Ricardo. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **Estatuto da criança e do adolescente: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O Promotor de Justiça frente à institucionalização de criança e adolescente em entidade de abrigo e a destituição do poder familiar**. Dez/2004. Página Eletrônica do Ministério Público de São Paulo. Disponível in:

<www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/1995EF1CFA30715CE040A8C027014290>
Acesso em: 16 jun. 2008.

FOLHA Online. **Faltam professores de filosofia e sociologia, diz diretor da Capes.** Folha de São Paulo Online, São Paulo, 27 jul. 2008. Agência Brasil. Disponível in: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u426739.shtml>> Acesso em: 30 jul. 2008.

FRANÇA, Dirce Barroso. Do abrigo ao acolhimento: importância do vínculo nos cuidados institucionais. **Instituto Berço da Humanidade.** Disponível em <<http://bercodadadania.org.br/wp-content/uploads/2011/08/Do-abrigo-ao-acolhimento-import%C3%A2ncia-do-v%C3%ADnculo-nos-cuidados-institucionais.pdf>> Acesso em 26/nov/2012.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. “Art. 182”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** 6 . . ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **A ação do Ministério Público na defesa dos direitos da criança e do adolescente.** Art. apresentado no Seminário “Quinze Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e desafios sob a ótica do sistema de justiça”, evento organizado pela Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude em parceria com o Superior Tribunal de Justiça, Brasília, julho de 2005. Disponível in: <http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/arts._doutrinarios/outros/a_acao_mp.pdf> Acesso em: 08 jul.2008.

GIRASSOLIDÁRIO Agência em Defesa da Infância – Rede ANDI Brasil. **Pesquisa 2003: julho a dezembro.** Disponível in: <<http://www.girassolidario.org.br/down/70454237.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2008

HOFFMANN, Renato. **Corporações manipulam os jovens.** Disponível in: <<http://www.sinpro-rs.org.br>> Acesso em: 12 maio 2006.

IBGE. **Evolução e Perspectivas da Mortalidade Infantil no Brasil.** Disponível in: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/evolucao_perspectivas_mortalidade/default.shtm> Acesso em: 25 jul. 2008.

INEP, Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais. **Censo Escolar 2009.** Disponível in <www.inep.gov.br/basica/censo/censo.asp> Acesso em 21/jan/2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Porto: Lisboa, 1995.

KASAHARA, Ivan. **Por que utilizar as terminologias corretamente?** Girassolidário Agência em Defesa da Infância – Rede ANDI Brasil. Disponível in: <<http://www.girassolidario.org.br/down/70454237.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2008.

KOLLER, Sílvia Helena; e NEIVA-SILVA, Lucas. “A rua como contexto de desenvolvimento”. In: KOLLER, Sílvia Helena (coord. et all). **Infância brasileira e contextos de desenvolvimento.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizete. **O estatuto da criança e do adolescente**. Brasília: IBPS, 1991.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese apresentada como requisito à obtenção do grau de Doutor, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MACHADO, Orandina. **O alfabeto da amamentação**. Trabalho apresentado como requisito à conclusão do Curso de Manejo Ampliado da Amamentação, oferecido Clínica Interdisciplinar de Apoio à Amamentação, Florianópolis, 2008. Disponível in: <http://www.aleitamento.com/a_arts..asp?id=3&id_art.=1787&id_subcategoria=4> Acesso em: 25 jul. 2008.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Dia Nacional do Ministério Público. **Direitos Humanos Aplicados**. Disponível in: <<http://www.direitoshumanos.pro.br/curiosidades.php?id=130>> Acesso em: 9 set. 2008.

MARCA MUNDIAL PELAS MULHERES. **Construindo um mundo de respeito e igualdade entre mulheres e homens**. Resumo dos textos apresentados e debatidos pela Marcha Mundial das Mulheres no Seminário Alternativas para um outro mundo, ocorrido no Fórum Social Mundial 2002 na cidade de Porto Alegre/ RS / Brasil. Disponível in: <<http://www.social.org.br/relatorio2002/relatorio030.htm>> Acesso em: 25 jun. 2008.

MARTON DA SILVA, Marly Bittencourt Gervásio; LACERDA, Maria Ribeiro. **Teste do pezinho: por que coletar na alta hospitalar**. Revista Eletrônica de Enfermagem. v. 5. n. 2. p.60-64, 2003. Disponível in<<http://www.fen.ufg.br/revista>> Acesso em: 25 jul. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **O Ministério Público e o estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: APMP, 1991

MAZZILLI, Hugo Nigro. “Art. 201”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENEZES, Maia. **Desinteresse afasta jovem da escola**. Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível in: <http://www.fgv.br/cps/simulador/Site_CPS_Educacao/Cli-ppings/jc098.pdf> Acesso em: 2 ago. 2008.

MILARÉ, Edis. “Art. 210”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Mapa da educação básica**. Disponível in: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=8577&Itemid=&sistemas=1> Acesso em: 31 jul. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de Identificadores do SUS – Agosto/2006**. Disponível in: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_%20indicadores_do_SUS.pdf> Acesso em: 25 jul. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Indicadores e Dados Básicos: Brasil 2011**. Disponível in: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idx2011/matriz.htm>> Acesso em 10/jan/2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Crianças recebem merenda vencida no RS**. Disponível in: < <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro/criancas-recebem-merenda-vencida-no-rs/>> Acesso em: 1º ago. 2008.

MONTEIRO, Charles. **Porto Alegre: urbanização e modernidade**. A construção social do espaço urbano. Disponível in: <<http://nuevomundo.revues.org/document1534.html>> Acesso em: 22 mar. 2006.

MONTEIRO FILHO, Lauro. “Art. 12”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. “A prática do ato infracional”. In: MACIEL, Kátia (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

OPPENHEIM, Felix E. “Liberdade”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 9. ed. Brasília: UNB, 1999.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Relatório do estudo das Nações Unidas sobre a violência contra crianças**. Versão em língua portuguesa Disponível in: <http://www.andi.org.br/_pdfs/Estudo_PSP_Portugues.pdf> Acesso em: 17 jul. 2008.

OYAMA, Thaís. **Entrevista: Antonio Gilberto da Silva**. Disponível in: <http://veja.abril.com.br/061099/p_011.html> Acesso em: 14 ago. 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIAZZA, Vânia Cella. “A ação penal nos crimes praticados contra a criança e o adolescente”. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência e exploração sexual infanto-juvenil: crimes contra a humanidade**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. “Infrações Administrativas”. In: MACIEL, Kátia (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Introdução Crítica ao ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 163-8.

SALVO, Maria Paola de. **Dossiê febem**. Carta Maior. Disponível in: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=1496> Acesso em: 25 jun. 2008.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Como chamar as pessoas que têm deficiência**. Disponível in: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/sicorde/txt_pub.asp#conteudo>. Acesso em: 30 jun. 2008.

SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. **Tutela extrajudicial de direitos coletivos em Pernambuco**. Recife: UFPE, 2007. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

SAYED, Alexandre. Carência de professores de ciências atrasa o desenvolvimento econômico do Brasil. **Revista Educação**. São Paulo, n. 95, mar/2005.

SBTN – Sociedade Brasileira de Triagem Neonatal. **Triagem: doenças e tratamentos**. Disponível in: <<http://www.sbtn.org.br/>> Acesso em: 24 jul. 2008.

SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. Governo de Santa Catarina. **Entrega de uniformes e material escolar representa economia para as famílias dos estudantes**. Disponível in: <http://www.s.ed.sc.gov.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=322&Itemid=57> Acesso em: 1º ago.2008.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias dos direitos coletivos**. 5 . ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. “Art. 16”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6 . ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Mayra. **O Infanticídio indígena: uma análise à luz da Doutrina da Proteção Integral**. Florianópolis, SC, 2011. 201 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2011.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 6 . ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, Patrícia Silveira. “A política de atendimento”. In: MACIEL, Kátia (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TESHEINER, José Maria. **Ministério Público e nulidade**. Disponível in: <<http://www.tex.pro.br/>> Acesso em: 13 ago. 2008.

UNESCO Brasil. **Educação: Contexto Brasileiro em Educação** Disponível in: <http://www.unesco.org.br/Brasil/contextonacionalEDU//mostra_padrao> Acesso

em: 29 jul. 2008.

UNICEF Brasil. **Situação Mundial da Infância 2008: Caderno Brasil**. Disponível in: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_11319.htm> Acesso em: 26 jul. 2008.

UOL. **China abre o jogo sobre maus-tratos infantis nas famílias do país**. Disponível in: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2007/01/08/ult1766u19531.jhtm>> Acesso em: 17 jul.2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003 (v.6).

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutelar jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Entre violentadores e violentados**. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012: Crianças e adolescentes do Brasil**. Rio de Janeiro: Centron Brasileiro de Estudos Latino Americanos, 2012. Disponível in: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Crianças_e_Adolescentes.pdf> Acesso em 10/jan/2013.

WALCHER, Alicia Hernández. **O trabalho que empobrece**. Disponível in: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id218.htm>> Acesso em: 25 jun. 2008.

WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. Violência na Escola. **Revista Idéias**. São Paulo, v. 21, 1994. p. 55-66.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

10 ANEXO

10.1 RESOLUÇÃO Nº 67, DE 16 DE MARÇO DE 2011, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dispõe sobre a uniformização das fiscalizações em unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade pelos membros do Ministério Público e sobre a situação dos adolescentes que se encontrem privados de liberdade em cadeias públicas.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal e com arrimo no artigo 19 de seu Regimento Interno, em conformidade com a decisão Plenária tomada na 2ª Sessão Extraordinária, realizada em 16/03/2011.

CONSIDERANDO que a dignidade da pessoa humana é assegurada pelo artigo 1º, III da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que o respeito à integridade física e moral dos presos é assegurado pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, sendo tal garantia estendida a adolescentes em cumprimento de medidas privativas ou restritivas de sua liberdade;

CONSIDERANDO que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, na forma do artigo 227 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que a inter-

nação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme disposto no artigo 121 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

CONSIDERANDO que a internação, assim como as demais medidas socioeducativas, não é e não pode ser aplicada ou executada como se pena fosse, tendo o adolescente autor de ato infracional o direito de receber um tratamento diferenciado em relação aos imputáveis, sob pena, inclusive, de afronta ao contido no artigo 228, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a necessidade de permanente observância dos direitos assegurados ao adolescente privado de liberdade, em caráter provisório ou definitivo, na forma dos artigos 121 e seguintes da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), especialmente o de ser tratado com respeito e dignidade, de permanecer internado em entidade própria para adolescentes, na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais e responsáveis, de habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, de receber escolarização e profissionali-

zação, dentre outros;

CONSIDERANDO que por força do disposto no artigo 185, §2º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o período máximo de permanência de um adolescente acusado da prática de ato infracional em repartição policial ou estabelecimento prisional é de 05 (cinco) dias, sob pena de responsabilidade, e que o artigo 235, do mesmo Diploma Legal, considera crime, punível com detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos o descumprimento injustificado de prazo fixado em Lei em benefício de adolescente privado de

liberdade;

CONSIDERANDO que é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos adolescentes internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança, na forma do artigo 125 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e disposições correlatas contidas nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade e demais normas internacionais aplicáveis;

CONSIDERANDO as diretrizes estabelecidas pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE);

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação da atribuição conferida ao Ministério Público pelo artigo 95 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

CONSIDERANDO a importância da padronização das fiscalizações realizadas nas unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de semiliberdade e internação promovidas pelo Ministério Público, com vista à atuação integrada da instituição na área da infância e juventude;

CONSIDERANDO a conve-

niência da unificação dos relatórios de fiscalização a tais estabelecimentos, a fim de criar e alimentar banco de dados deste órgão nacional de controle,

CONSIDERANDO as graves denúncias formuladas ao Conselho Nacional do Ministério Público acerca das violações aos direitos fundamentais de adolescentes no interior de unidades de cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade e de internação em todo país;

CONSIDERANDO as graves denúncias formuladas ao Conselho Nacional do Ministério Público referentes à permanência ilegal e indevida de adolescentes privados de liberdade em cadeias públicas em todo País, com violação aos seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.069/90;

CONSIDERANDO, por fim, que o Ministério Público tem o dever institucional de defender a ordem jurídica e de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública destinados à efetivação dos direitos assegurados às crianças e adolescentes pela Lei e pela Constituição Federal, observados os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta inerentes à matéria.

RESOLVE:

Art. 1º. Os membros do Ministério Público com atribuição para acompanhar a execução de medidas socioeducativas devem inspecionar, com a periodicidade mínima bimestral, as unidades de semiliberdade e de internação sob sua responsabilidade, ressalvada a necessidade de comparecimento em período inferior, registrando a sua presença em livro próprio.

§ 1º. As respectivas unidades do

Ministério Público devem assegurar condições de segurança aos seus membros no exercício da atribuição de inspeção das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas.

§ 2º. As respectivas unidades do Ministério Público devem disponibilizar, ao menos, 01 (um) assistente social e 01 (um) psicólogo para acompanharmos membros do Ministério Público nas fiscalizações, adotando os mecanismos necessários para a constituição da equipe, inclusive realizando convênios com entidades habilitadas para tanto, devendo ser justificada semestralmente, perante o Conselho Nacional do Ministério Público, a eventual impossibilidade de fazê-lo.

§ 3º. A impossibilidade na constituição da equipe interdisciplinar acima referida não exime os Membros do Ministério Público, com atribuição, de realizarem as inspeções, na forma do estabelecido no caput deste artigo.

Art. 2º. As condições das entidades de atendimento e dos programas em execução, verificadas durante as fiscalizações bimestrais, ou realizadas em período inferior, caso necessário devem ser objeto de relatório, a ser enviado à Corregedoria da respectiva unidade do Ministério Público até o dia 05 (cinco) do mês seguinte, indicando as providências tomadas para a promoção de seu adequado funcionamento, sejam judiciais ou administrativas.

§ 1º. O relatório será elaborado, em meio eletrônico, mediante o preenchimento dos formulários que integram a presente Resolução pelo membro do Ministério Público (anexos I e II) e que ficarão disponibilizados no sítio do CNMP, devendo conter informações sobre: (Redação alterada)

I - classificação, instalações físicas, recursos humanos, capacidade e ocupação da unidade inspecionada;

II - perfil dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, assistência, atividades pedagógicas e educacionais e observância dos direitos fundamentais dos internos;

III - medidas administrativas e judiciais adotadas para a promoção do funcionamento adequado da unidade;

IV - considerações gerais e outros dados reputados relevantes.

§ 2º. A atualização será bimestral, indicando-se somente as alterações, inclusões e exclusões procedidas após a última remessa de dados, especialmente aquelas resultantes de iniciativa implementada pelo membro do Ministério Público.

§ 3º. No mês de março de cada ano, será elaborado minucioso relatório anual sobre as condições das unidades socioeducativas, mediante o preenchimento dos formulários que integram a presente Resolução (anexos III e IV), consoante disposto no art. 6º, desta Resolução, sem prejuízo da apresentação do relatório de inspeção referente ao período anterior. (Redação alterada)

Art. 3º. Os membros do Ministério Público com atribuição na área da infância e da juventude deverão zelar para que existam adolescentes privados de liberdade em cadeias públicas e adotarão as medidas administrativas e judiciais cabíveis para a imediata cessação de tal ilegalidade, caso constatada, remetendo à Corregedoria da respectiva unidade do Ministério Público, no prazo de até 05 (cinco) dias a partir da apuração de tais fatos, relatório minucioso indicando as providências tomadas para a

regularização da situação do adolescente, observando-se disposto no art. 185, §2º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Art. 4º. Os Membros do Ministério Público em todos os estados deverão tomar as medidas administrativas e judiciais necessárias à implementação de políticas socioeducativas em âmbito estadual e municipal, nos moldes do previsto pelo SINASE.

Art. 5º. A Corregedoria da respectiva unidade do Ministério Público encaminhará, também em meio eletrônico, os relatórios mencionados nesta Resolução.

Art. 6º. A Comissão Permanente da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público remeterá a cada unidade do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, manual de instruções sobre a utilização do sistema informatizado e formulários referidos nos dispositivos anteriores.

Art. 6º-A. Enquanto não for disponibilizado o sistema informatizado para preenchimento dos formulários, estes deverão ser enviados pelas Corregedorias-Gerais ao CNMP via ofício, preferencialmente por correio eletrônico. (Incluído)

Art. 7º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de fevereiro de 2012.

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Presidente do Conselho Nacional
do Ministério Público

10.2 RESOLUÇÃO Nº 69, DE 18 DE MAIO DE 2011, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente nos processos judiciais em que se requer autorização para trabalho de crianças e adolescentes menores de 16 anos.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, e pelo artigo 31, inciso VIII, do seu Regimento Interno;

CONSIDERANDO a decisão plenária proferida na Sessão do dia 18 de maio de 2011 no procedimento nº 574/2011-49.

CONSIDERANDO o estatuído na Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho sobre Idade Mínima de Admissão ao Trabalho e Emprego, devidamente ratificada pelo Governo Brasileiro, que, em seu artigo 1º, determina a todo país-membro a promoção de uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou trabalho em um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem.

CONSIDERANDO o teor da Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho (igualmente ratificada pelo Brasil), sobre as piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação, que, em seus artigos 1º e 6º, respectivamente, determina a adoção de “medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, em

caráter de urgência”, e a elaboração de “programas de ação para eliminar, como medida prioritária, as piores formas de trabalho infantil”.

CONSIDERANDO que o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, dispõe que é vedado qualquer trabalho ao menor de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos, observadas as regras protetivas do trabalho da criança e do adolescente, expressas na vedação, para os menores de 18 anos, do trabalho noturno, insalubre, perigoso ou penoso e prejudicial à sua moralidade, de acordo com a mesma Norma Constitucional.

CONSIDERANDO a necessidade de promover o debate, no âmbito do Ministério Público, sobre a intervenção ministerial nos processos judiciais, nos quais se requer alvará para autorização de trabalho a crianças e adolescentes menores de 16 anos, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta.

CONSIDERANDO o papel do CNMP na promoção da integração entres os ramos do Ministério Público.

RESOLVE :

Art. 1º. O Membro do Ministério Público que se manifestar favoravelmente ao trabalho de crianças e adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos encaminhará, por meio eletrônico, no prazo de 05 (cinco) dias, cópia do parecer, com a correta identificação dos autos do processo judicial, à Comissão para Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público na Área da Infância e Juventude do CNMP (com-infancia-partrab@cnmp.gov.br).

Art. 2º. Nos processos tratados nesta Resolução, o Membro do Ministério Público que se manifestar contrariamente à autorização para o trabalho, sendo o caso, encaminhará a pretensão ao Ministério Público do Trabalho, que avaliará a possibilidade de inclusão do adolescente em programa de aprendizagem, em consonância com as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei 10.097/2000.

Art. 3º. Os Procuradores-Gerais de Justiça darão ampla publicidade a esta Resolução, inclusive no site institucional.

Art. 4º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 18 de maio de 2011

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Presidente do Conselho Nacional
do Ministério Público

10.3 RESOLUÇÃO Nº 71, DE 15 DE JUNHO DE 2011, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras providências.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal e com arrimo no artigo 19 de seu Regimento Interno, em conformidade com a decisão Plenária tomada na 9ª Sessão Extraordinária, realizada em 15/06/2011.

CONSIDERANDO que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, 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, na forma do artigo 227 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

CONSIDERANDO que o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excep-

cionais, sendo utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para a colocação em família substituta, não implicando em privação de liberdade;

CONSIDERANDO que o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.

CONSIDERANDO que toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta. CONSIDERANDO que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

CONSIDERANDO que é dever legal do membro do Ministério Público fiscalizar as entidades governamentais e não-governamentais referidas no artigo 90 do Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando-se os programas de proteção referentes à colocação familiar e acolhimento institucional;

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação da atribuição conferida ao Ministério Público pelo artigo 95 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

CONSIDERANDO a importância da padronização das fiscalizações realizadas nas entidades de acolhimento institucional e programas de acolhimento familiar promovidas pelo Ministério Público, com vista à atuação integrada da instituição na área da infância e juventude;

CONSIDERANDO a conveniência da unificação dos relatórios de fiscalização de entidades e programas de acolhimento, a fim de criar e alimentar banco de dados deste órgão nacional de controle, CONSIDERANDO o elevado número de crianças e adolescentes vivendo em entidades de acolhimento institucional em todo país, encontrando-se privados do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, em decorrência do enfraquecimento dos vínculos familiares e da ausência de perspectivas de reintegração familiar ou colocação em família substituta.

CONSIDERANDO que os acolhimentos institucional e familiar devem ser inseridos no contexto de uma política pública mais abrangente, de cunho intersetorial, a ser instaurado em âmbito municipal, no sentido da plena efetivação do direito à convivência familiar de todas as crianças e adolescentes.

CONSIDERANDO, por fim, que

o Ministério Público tem o dever institucional de defender a ordem jurídica e de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública destinados à efetivação dos direitos assegurados às crianças e adolescentes pela Lei e pela Constituição Federal, observados os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta inerentes à matéria.

RESOLVE:

Art. 1º. O membro do Ministério Público com atribuição em matéria de infância e juventude não-infracional deve inspecionar pessoalmente, com a periodicidade mínima trimestral, as entidades de acolhimento institucional e programas de acolhimento familiar sob sua responsabilidade, ressalvada a necessidade de comparecimento em período inferior, registrando a sua presença em livro próprio.

§1º. Nos Municípios com população superior a 1 milhão de habitantes e inferior a 5 milhões de habitantes, a inspeção poderá ser realizada com a periodicidade mínima quadrimestral e nos municípios com população superior a 5 milhões de habitantes, a inspeção poderá ser realizada com a periodicidade mínima semestral, observados os índices populacionais oficiais divulgados pelo IBGE, ressalvada a necessidade de comparecimento do membro do Ministério Público em período inferior.

§2º. Nos Municípios contemplados pelos critérios populacionais especificados no § 1º, o membro do Ministério Público, caso realize a inspeção nos prazos quadrimestral e semestral, deverá adotar as medidas que entender cabíveis a fim de viabilizar a análise da situação sociofamiliar e jurídica de crianças e adolescentes em acolhimento no prazo máximo semestral estabelecido pelo artigo 19, §1º do ECA.

§ 3º. As respectivas unidades do Ministério Público devem disponibilizar, ao menos, 01 (um) assistente social, 01 (um) psicólogo e 01 (um) pedagogo) para acompanharem os membros do Ministério Público nas fiscalizações, adotando os mecanismos necessários para a constituição da equipe, inclusive realizando convênios com entidades habilitadas para tanto, devendo ser justificada semestralmente, perante o Conselho Nacional do Ministério Público, a eventual impossibilidade de fazê-lo.

§ 4º. Os profissionais de Serviço Social, Psicologia e Pedagogia devem prestar assessoria técnica ao membro do Ministério Público na matéria de sua especialidade, com o objetivo de monitorar e avaliar a qualidade do atendimento prestado pelos serviços de acolhimento para o público infante-juvenil, observando-se, prioritariamente, os seguintes critérios para a solicitação de seus serviços:

I. Situações que demandem assessoria no processo de reordenamento dos serviços de acolhimento;

II. Situações que demandem assessoria no processo de articulação entre os serviços de acolhimento e os responsáveis pela política de atendimento;

III. Situações em que se dá o planejamento da implantação de serviços de acolhimento nos municípios;

IV. Situações que demandem a avaliação dos serviços de acolhimento no contexto da política para a infância e juventude.

§ 5º. As respectivas unidades do Ministério Público também deverão disponibilizar 01 (um) arquiteto e/ou 01 (um) engenheiro, a fim de prestarem assessoramento técnico ao membro do Ministério Público nas fiscalizações nas matérias de

sua especialidade, precipuamente no que se refere à análise da estrutura física das entidades de acolhimento e à acessibilidade de pessoas com deficiência.

§ 6º. A impossibilidade de constituição da equipe interdisciplinar acima referida não exime o membro do Ministério Público de realizar as inspeções, na forma do estabelecido no caput deste artigo.

Art. 2º. As condições das entidades de acolhimento institucional e dos programas de acolhimento familiar, verificadas durante as fiscalizações trimestrais, ou realizadas em período inferior, caso necessário, devem ser objeto de relatório, a ser enviado à Corregedoria da respectiva unidade do Ministério Público até o dia 05 (cinco) do mês seguinte, indicando as providências tomadas para a promoção de seu adequado funcionamento, sejam administrativas ou judiciais.

§ 1º. O relatório será elaborado, em meio eletrônico, mediante o preenchimento do formulário que integra a presente Resolução pelo membro do Ministério Público (ANEXO I) e que ficará disponibilizado no sítio do CNMP, aprovado pela Comissão Permanente da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público, devendo conter informações sobre:

I.- regularização das entidades de acolhimento institucional e dos programas de acolhimento familiar, com os necessários registros e inscrições perante o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA);

II.- adequação das instalações físicas, recursos humanos, número de crianças e adolescentes em acolhimento e programa de atendimento, em conformidade com o disposto no Estatuto da Criança

e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), nas orientações técnicas expedidas pelo CONANDA e na normatização do Sistema Único de Assistência Social (SUAS);

III. - perfil das crianças e adolescentes em acolhimento, periodicidade da visitação recebida, quando se encontram em acolhimento institucional, e observância aos seus direitos fundamentais, preconizados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90);

IV.- escolarização das crianças e adolescentes em acolhimento, com a matrícula e frequência em instituição de ensino obrigatórias;

V.- acesso das crianças e adolescentes em acolhimento à atendimento nas redes municipais e estadual de saúde;

VI.- participação de crianças e adolescentes em acolhimento na vida comunitária, com a previsão de atividades externas às unidades;

VII.- adoção das medidas administrativas e judiciais pelos membros do Ministério Público para a efetiva garantia do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e adequação das entidades e programas desenvolvidos à legislação vigente;

VIII. - considerações gerais e outros dados reputados relevantes.

§ 2º. A atualização será trimestral, indicando-se somente as alterações, inclusões e exclusões procedidas após a última remessa de dados, especialmente aquelas resultantes de iniciativa implementada pelo membro do Ministério Público.

§ 3º. No mês de março de cada ano, o relatório a ser elaborado deverá

ser minucioso sobre as condições das entidades de acolhimento institucional e programas de acolhimento familiar verificados nas fiscalizações trimestrais, ou realizadas em período inferior, caso necessário, conforme formulário a ser aprovado pela Comissão Permanente da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público, que integrará esta Resolução, doravante denominado ANEXO II, sem prejuízo da apresentação do relatório de inspeção referente ao mês anterior.

Art. 3º. O membro do Ministério Público na área da infância e da juventude não-infracional deverá requerer, em prazo inferior a cada 06 (seis) meses, vista de todos os procedimentos administrativos existentes no âmbito dos órgãos de execução em que atue e dos processos judiciais referentes a crianças e adolescentes em acolhimento institucional ou familiar, a fim de que seja viabilizada a reavaliação das medidas protetivas aplicadas (artigo 19 do ECA).

§1º - Ao receber vista dos processos judiciais mencionados, o membro do Ministério Público deverá verificar se constam dos autos:

I.- guia de acolhimento expedida pela autoridade judiciária, devendo requerer a imediata juntada do documento, caso não conste dos autos;

II.- Plano Individual de Atendimento (PIA) para cada criança ou adolescente em acolhimento, elaborado sob a responsabilidade de equipe interprofissional ou multidisciplinar da entidade de acolhimento com oitiva dos acolhidos e de seus pais ou responsável legal, contendo, minimamente, a previsão de atividades visando à reintegração familiar ou, caso tal providência não se mostre viável, as

providências a serem adotadas para colocação em família substituta.

III.- relatório atualizado, elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar nos últimos 06(seis) meses, sobre a situação de cada criança e adolescente em acolhimento, devendo formular requerimento ao Juízo, caso tal documento não tenha sido elaborado.

IV.- certidão de nascimento da criança ou adolescente.

§ 2º - Visando assegurar que todas as crianças e adolescentes em acolhimento tenham as respectivas medidas protetivas reavaliadas no prazo máximo semestral, independentemente da existência de procedimento ou processo judicial individualizado, o membro do Ministério Público deverá efetuar, em caráter permanente, a verificação do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA) e dos respectivos cadastros estaduais e municipais, caso existentes, realizando, ainda, diligências junto às entidades de acolhimento institucional e programas de acolhimento familiar em sua área de atuação, com o objetivo de apurar o número exato de crianças e adolescentes em acolhimento.

§ 3º A inexistência de quaisquer dos documentos mencionados no § 1º não exime o membro do Ministério Público de analisar a situação sociofamiliar e jurídica das crianças e adolescentes em acolhimento, a cada 06 (seis) meses, devendo ser adotadas as medidas administrativas e judiciais que se mostrarem necessárias a fim de garantir a expedição e/ou elaboração de tais documentos, que têm caráter obrigatório, em conformidade com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

§4º - Após a análise dos documentos previstos no §1º, em especial do rela-

tório referido no inciso III, o membro do Ministério Público deverá adotar as medidas cabíveis visando à efetiva garantia do direito à convivência familiar das crianças e adolescentes acolhidos, promovendo, prioritariamente, pela reintegração familiar, nos casos em que tal providência se mostrar cabível, ou colocação em família substituta, observando-se o prazo legal de 30 (trinta) dias, contados da data de recebimento do relatório, para o ajuizamento de eventual ação de destituição do poder familiar (artigo 101, §10 do ECA).

§5º - Caso o membro do Ministério Público entenda que inexistem elementos suficientes para o ajuizamento de ação de destituição do poder familiar no prazo legal fixado, deverá se manifestar, de forma fundamentada, no processo judicial da criança ou adolescente em acolhimento, especificando, de maneira detalhada, as diligências necessárias para a formação de sua convicção.

Art. 4º - Ao receber, pela primeira vez, vista dos autos judiciais referentes à situação de crianças e adolescentes acolhidos, instruídos com os documentos mencionados no artigo 3º, §1º da presente resolução, sem que haja ação proposta, o membro do Ministério Público deverá verificar se estão presentes os elementos mínimos para o ajuizamento de ação judicial contenciosa em face dos pais ou responsável legal, a fim de garantir o direito ao exercício do contraditório e ampla defesa, após o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, na forma prevista no artigo 101, § 2º do ECA.

Parágrafo único - Em não havendo elementos suficientes a autorizar a aplicação da medida excepcional de acolhimento, o membro do Ministério Público tomará as providências necessárias à promoção da reintegração familiar, sem

prejuízo do encaminhamento da família da criança/adolescente para programas e serviços destinados à sua orientação, apoio e acompanhamento posterior do caso e do ajuizamento de outras ações cabíveis.

Art. 5º - Nos casos de crianças e adolescentes em acolhimento institucional sem receberem qualquer visitação por período superior a 02 (dois) meses, ressalvadas as hipóteses em que haja decisão judicial suspendendo tal visitação, o membro do Ministério Público deverá adotar as medidas que entender cabíveis para efetiva garantia do direito à convivência familiar e comunitária dos acolhidos, promovendo, preferencialmente, gestões junto à entidade de acolhimento e aos programas e serviços integrantes da política destinada à efetivação do direito à convivência familiar, no sentido da localização dos pais, apuração das causas da falta de visitação e estímulo à sua realização.

Parágrafo único - Em sendo constatada a falta de interesse dos pais na realização das visitas, poderão ser propostas as ações judiciais cabíveis, observado o disposto no artigo 3º, §5º deste ato.

Art. 6º . Nas hipóteses em que a permanência da criança ou adolescente em entidade de acolhimento exceder o prazo de 02 (dois) anos, por estarem esgotadas todas as possibilidades de reintegração familiar ou, não sendo esta possível, a colocação em família substituta, o membro do Ministério Público deverá adotar todas as medidas administrativas e judiciais cabíveis para a garantia à convivência familiar e comunitária do acolhido, dando-se preferência ao seu encaminhamento a programa de

acolhimento familiar, na forma prevista no artigo 50, § 11º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

§1º - Caso haja adolescente na hipótese supra mencionada, o membro do Ministério Público deverá zelar para que a equipe interprofissional ou multidisciplinar que acompanha o caso esteja adotando as medidas necessárias para o fortalecimento de sua autonomia, a garantia de sua escolarização e profissionalização, nesta última hipótese apenas se tiver idade superior a 14 (quatorze) anos, na forma da lei vigente.

§2º - O membro do Ministério Público também deverá zelar para que a equipe interprofissional ou multidisciplinar que acompanha o caso esteja envidando esforços para a formação de vínculos afetivos para os adolescentes, em programas conhecidos como de “apadrinhamento afetivo”, caso existente.

Art. 7º - Tendo em vista a interdisciplinariedade peculiar à atuação na área da infância e juventude, o membro do Ministério Público, se entender conveniente, poderá participar de reuniões realizadas pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Garantia de Direitos das crianças e adolescentes (Conselhos Municipais de Direitos da Criança, Conselhos Tutelares, gestores municipais das áreas de assistência social, saúde e educação, dirigentes de entidades de acolhimento e respectivas equipes técnicas, responsáveis pelos programas de acolhimento familiar, coordenadores de CRAS e CREAS, dentre outros), a fim de obterem maiores subsídios para a reavaliação semestral das medidas protetivas, na forma prevista no art. 3º da presente resolução, bem como fomentar a implementação de políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária.

Art 8º - O membro do Ministério Público, observada a sua atribuição específica, deverá adotar as medidas administrativas e judiciais cabíveis visando à efetiva implementação da política municipal de promoção, proteção e defesa do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), especialmente através da instalação dos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS) e Centros de Referência Especializados da Assistência Social (CREAS) no âmbito dos Municípios e dos programas tipificados para o atendimento a crianças, adolescentes e suas famílias, visando ao fortalecimento dos vínculos familiares e proteção dos direitos infanto-juvenis.

Art. 9º - Em virtude do disposto no artigo 50, §1º do ECA, o membro do Ministério Público deverá adotar as medidas administrativas e judiciais cabíveis visando à efetiva implementação dos programas de acolhimento familiar no âmbito dos Municípios, em conformidade com a legislação vigente e com a normatização do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Art. 10 - Nas hipóteses em que estiverem esgotadas as possibilidades de reintegração familiar de crianças e adolescentes em acolhimento, sendo recomendável a colocação em família substituta, na modalidade de adoção, o membro do Ministério Público deverá zelar pela criteriosa observância da ordem de convocação dos habilitados existentes no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e no respectivo cadastro estadual, quando existente.

Parágrafo Único - Caso não se

verifiquem as hipóteses previstas no artigo 50, §13 do ECA, que possibilitam, em caráter excepcional, a adoção de criança e adolescente por pessoa ou casal não habilitado em cadastro, o membro do Ministério Público deverá adotar as medidas judiciais que entender cabíveis, com fundamento em parecer técnico interdisciplinar.

Art. 11 - Em virtude da vedação legal contida no artigo 153, parágrafo único do ECA, o membro do Ministério Público não deverá ajuizar Procedimentos de Aplicação de Medida Protetiva (PAMPs), Pedidos de Providência (PPs), Procedimentos Verificatórios (PVs) ou quaisquer outros procedimentos de natureza judicialiforme para a defesa dos direitos de crianças e adolescentes em acolhimento, em que não esteja garantido o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa pelos pais ou responsável legal dos acolhidos.

§ 1º - Na hipótese de existirem quaisquer dos procedimentos acima mencionados em trâmite perante os Juízos com competência para a matéria de infância e juventude, o membro do Ministério Público poderá propor as ações judiciais que entender cabíveis, em consonância com a legislação vigente, requerendo a extinção dos procedimentos de natureza judicialiforme, cuja cópia poderá instruir as ações que serão ajuizadas.

§ 2º - Nos casos de procedimentos de natureza judicialiforme em trâmite perante os Juízos com competência para a matéria de infância e juventude versando exclusivamente sobre atribuições inerentes ao Conselho Tutelar, o membro do Ministério Público poderá requerer a extinção de tais procedimentos, com a remessa de cópia integral ao referido órgão municipal, caso ainda se verifique a hipótese de incidência do artigo 98 do ECA, a exigir

o acompanhamento do caso.

Art. 12. O membro do Ministério Público deverá, sempre que possível, comparecer às assembleias e reuniões realizadas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito dos Municípios e do Estado, visando acompanhar e fiscalizar a deliberação de políticas públicas.

Art. 13. A Corregedoria da respectiva unidade do Ministério Público encaminhará, também em meio eletrônico, os relatórios mencionados nesta Resolução.

Art. 14. Os Centros de Apoio Operacional na área da infância e da Juventude ou, caso inexistentes, qualquer outro órgão da administração da unidade do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal indicado pela Chefia Institucional, encaminharão ao Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, listagem contendo os nomes de todas as entidades de acolhimento e programas de acolhimento familiar existentes nos Municípios, com a indicação dos órgãos ministeriais com atribuição para exercício da respectiva fiscalização.

Art. 15. A Comissão Permanente da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público remeterá a cada unidade do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, manual de instruções sobre a utilização do sistema informatizado e formulários referidos nos dispositivos anteriores.

Art. 16. A Comissão Permanente da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público apresentará, em plenário, relatório anual referente às fiscalizações referidas no art. 2ª desta Resolução, com o objetivo de propor medidas de aprimoramento da atuação do Ministério Público na área.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Presidente do Conselho

10.4 RESOLUÇÃO Nº 131, DE 26 DE MAIO DE 2011, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes brasileiros, e revoga a Resolução nº 74/2009 do CNJ.

CONSIDERANDO as manifestações do Ministério das Relações Exteriores e do Departamento de Polícia Federal, que referem dificuldades para o cumprimento do regramento disposto na Resolução nº 74/2009 do Conselho Nacional de Justiça e sugerem alterações;

CONSIDERANDO as dificuldades enfrentadas pelas autoridades que exercem o controle de entrada e saída de pessoas do território nacional, em especial com relação a crianças e adolescentes;

CONSIDERANDO as diversas interpretações existentes a respeito da necessidade ou não de autorização judicial para saída de crianças e adolescentes do território nacional pelos Juízos da Infância e da Juventude dos Estados da Federação e o Distrito Federal;

CONSIDERANDO a insegurança causada aos usuários em decorrência da diversidade de requisitos e exigências;

CONSIDERANDO a necessidade de uniformização na interpretação dos arts. 83 a 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente;

CONSIDERANDO o decidido nos Pedidos de Providências nos números 200710000008644 e 200810000022323;

RESOLVE:

Das Autorizações de Viagem Internacional para Crianças ou Adolescentes Brasileiros Residentes no Brasil

Art. 1º É dispensável autorização judicial para que crianças ou adolescentes brasileiros residentes no Brasil viajem ao exterior, nas seguintes situações:

I) em companhia de ambos os genitores;

II) em companhia de um dos genitores, desde que haja autorização do outro, com firma reconhecida;

III) desacompanhado ou em companhia de terceiros maiores e capazes, designados pelos genitores, desde que haja autorização de ambos os pais, com firma reconhecida.

Das Autorizações de Viagem Internacional para Crianças ou Adolescentes Brasileiros Residentes no Exterior

Art. 2º É dispensável autorização judicial para que crianças ou adolescentes brasileiros residentes fora do Brasil, detentores ou não de outra nacionalidade, viajem de volta ao país de residência, nas seguintes situações:

I) em companhia de um dos genitores, independentemente de qualquer autorização escrita;

II) desacompanhado ou acompanhado de terceiro maior e capaz designado pelos genitores, desde que haja autorização escrita dos pais, com firma reconhecida.

§ 1º A comprovação da residência da criança ou adolescente no exterior far-se-á mediante Atestado de Residência emitido por repartição consular brasileira há menos de dois anos.

§ 2º Na ausência de comprovação da residência no exterior, aplica-se o disposto no art. 1º.

Das Disposições Gerais

Art. 3º Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente brasileiro poderá sair do país em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput deste artigo, aplicando-se o disposto no art. 1º ou 2º:

I) se o estrangeiro for genitor da criança ou adolescente;

II) se a criança ou adolescente, nascido no Brasil, não tiver nacionalidade brasileira.

Art. 4º A autorização dos pais poderá também ocorrer por escritura pública.

Art. 5º O falecimento de um ou ambos os genitores deve ser comprovado pelo interessado mediante a apresentação de certidão de óbito do(s) genitor(es).

Art. 6º Não é exigível a autorização de genitores suspensos ou destituídos do poder familiar, devendo o interessado comprovar a circunstância por meio de certidão de nascimento da criança ou adolescente, devidamente averbada.

Art. 7º O guardião por prazo indeterminado (anteriormente nominado guardião definitivo) ou o tutor, ambos judicialmente nomeados em termo de compromisso, que não sejam os genitores, poderão autorizar a viagem da criança ou adolescente sob seus cuidados, para todos os fins desta resolução, como se pais fossem.

Art. 8º As autorizações exaradas pelos pais ou responsáveis deverão ser apresentadas em duas vias originais, uma das quais permanecerá retida pela Polícia Federal.

§ 1º O reconhecimento de firma poderá ser por autenticidade ou semelhança.

§ 2º Ainda que não haja reconhecimento de firma, serão válidas as autorizações de pais ou responsáveis que forem exaradas na presença de autoridade consular brasileira, devendo, nesta hipótese, constar a assinatura da autoridade consular no documento de autorização.

Art. 9º Os documentos mencionados nos arts. 2º, § 1º, 4º, 5º, 6º e 7º deverão ser apresentados no original ou cópia autenticada no Brasil ou por repartição consular brasileira, permanecendo retida com a fiscalização da Polícia Federal cópia (simples ou autenticada) a ser providenciada pelo interessado.

Art. 10. Os documentos de autorizações dadas pelos genitores, tutores ou guardiões definitivos deverão fazer constar o prazo de validade, compreendendo-se, em caso de omissão, que a autorização

é válida por dois anos.

Art. 11. Salvo se expressamente consignado, as autorizações de viagem internacional expressas nesta resolução não se constituem em autorizações para fixação de residência permanente no exterior.

Parágrafo único. Eventuais modelos ou formulários produzidos, divulgados e distribuídos pelo Poder Judiciário ou órgãos governamentais, deverão conter a advertência consignada no caput.

Art. 12. Os documentos e cópias retidos pelas autoridades migratórias por força desta resolução poderão, a seu critério, ser destruídos após o decurso do prazo de dois anos.

Art. 13. O Ministério das Relações Exteriores e a Polícia Federal poderão instituir procedimentos, conforme as normas desta resolução, para que pais ou responsáveis autorizem viagens de crianças e adolescentes ao exterior quando do requerimento da expedição de passaporte, para que deste conste a autorização.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, a Presidência do Conselho Nacional de Justiça poderá indicar representante para fazer parte de eventual Grupo de Trabalho a ser instituído pelo Ministério das Relações Exteriores e/ou Polícia Federal.

Art. 14. Fica expressamente revogada a Resolução CNJ nº 74/2009, assim como as disposições em contrário.

Art. 15. A presente Resolução entra em vigor na data de sua publicação

Ministro **Cezar Peluso**

COMPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Procurador-Geral de Justiça

Lio Marcos Marin

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Antenor Chinato Ribeiro

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais

José Galvani Alberton

Secretário-Geral do Ministério Público

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Walkyria Ruicir Danielski

Luciano Trierweiller Naschenweng

Abel Antunes de Mello

Fábio Strecker Schmitt

Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

Paulo Antonio Locatelli

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Lio Marcos Marin

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco Jose Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Ricardo Francisco da Silveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Ernani Guetten de Almeida

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Sandro José Neis

Mário Luiz de Melo-*Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Lio Marcos Marin - Procurador-Geral de Justiça

Gladys Afonso - Corregedora-Geral

Representantes do Colégio de Procuradores

Odil José Cota

Humberto Francisco Scharf Vieira

Jacson Corrêa

Representantes da Primeira Instância

Pedro Sérgio Steil

Narcísio Geraldino Rodrigues

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Gercino Gerson Gomes Neto

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Américo Bigaton
Sandro José Neis
Secretário: Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Corregedora-Geral do Ministério Público

Gladys Afonso

Subcorregedor-Geral

Newton Henrique Trennepohl

Promotora de Justiça Secretária da Corregedoria-Geral

Thais Cristina Scheffer

Promotores de Justiça Assessores do Corregedor-Geral

Amélia Regina da Silva

Rafael de Moraes Lima

Wilson Paulo Mendonça Neto

Alan Boettger

Coordenadoria de Recursos

Aurino Alves de Souza - Coordenador-Geral da área criminal

Fábio de Souza Trajano - Coordenador-Geral da área cível

Promotores Assessores do Coordenador de Recursos

Marcelo Gomes Silva

Gustavo Wiggers

Ouvidor

Guido Feuser

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Helen Crystine Corrêa Sanches - Diretora

Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos e Terceiro Setor

Caroline Moreira Suzin - Coordenadora

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade

Walkyria Ruicir Danielski - Coordenadora

Maury Roberto Viviani - Coordenador Adjunto

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Marcelo de Tarso Zanellato - Coordenador

Centro de Apoio Operacional Criminal

Onofre José Carvalho Agostini - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Priscilla Linhares Albino - Coordenadora

Marcelo Wegner - Coordenador Adjunto

Centro de Apoio Operacional de Informações Técnicas e Pesquisas

Odil José Cota - Coordenador-Geral

Adalberto Exterkötter - Coordenador de Inteligência e Dados Estruturados

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador de Contra-Inteligência e Segurança Institucional

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador do GAECO da Capital

Fabiano David Baldissarelli - Coordenador do GAECO de Chapecó

Assis Marciel Kretzer - Coordenador do GAECO de Joinville

Maurício de Oliveira Medina - Coordenador do GAECO de Criciúma

Joel Furtado Júnior - Coordenador do GAECO de Lages

Jean Michel Forest - Coordenador do GAECO de Itajaí

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Júlio Fumo Fernandes - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Vera Lúcia Ferreira Copetti - Coordenadora-Geral

Davi do Espírito Santo - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Murilo Casemiro Mattos - Coordenador

Conselho Consultivo de Políticas e Prioridades Institucionais

Representante do Segundo Grau:

Ivens José Thives de Carvalho

Representantes do Primeiro Grau:

1ª Região - Extremo Oeste

Maycon Robert Hammes

2ª Região - Oeste

Eraldo Antunes

3ª Região - Meio Oeste

Diego Roberto Barbiero

4ª Região - Planalto Serrano

James Faraco Amorim

5ª Região - Alto Vale do Itajaí

Caroline Sartori Velloso

6ª Região - Médio Vale do Itajaí

Leonardo Todeschini

7ª Região - Vale do Rio Itajaí e Tijucas

Ary Capella Neto

8ª Região - Grande Florianópolis

Rui Arno Richter

9ª Região - Planalto Norte

Pedro Roberto Decomain - Presidente

10ª Região - Norte

Cristian Richard Stahelin Oliveira -

Secretário

11ª Região - Sul

Janir Luiz Della Giustina

12ª Região - Extremo Sul

Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese

Casa Militar

Cel. Rogério Martins

Coordenadoria-Geral Administrativa

Adauto Viccari Júnior

Coordenadoria de Auditoria e Controle

Fernando Fabro Tomazine

Coordenadoria de Comunicação Social

Silvia Pinter Pereira

Coordenadoria de Finanças e Contabilidade

Márcio Abelardo Rosa

Gerência de Contabilidade

Nelcy Volpato

Gerência de Finanças

Sérgio Luiz Kraeski

Gerência de Execução Orçamentária

Ivania Maria de Lima

Coordenadoria de Operações Administrativas

Doris Mara Eller Brüggmann

Gerência de Almoxarifado

Luís Antônio Buss

Gerência de Compras

Samuel Wesley Elias

Gerência de Transportes

Mário Roberto Miranda Lacerda

Gerência de Patrimônio

Ângelo Vitor Oliveira

Gerência de Contratos

Sara Souza da Silva Amorim

Coordenadoria de Pagamento de Pessoal

Maria Inês Finger Martins

Coordenadoria de Planejamento

Isabel Cristina Silveira de Sá

Gerência de Informações e Projetos

Luís Morais Neto

Coordenadoria de Processos e Informações Jurídicas

Denis Moreira Cunha

Gerência Operacional de Tramitação e Informação de Processos

Larisse Silva Roman

Coordenadoria de Recursos Humanos

Silvana Maria Pacheco

Gerência de Cadastro e Informações Funcionais

Thiagus Mateus Batista

Gerência de de Atenção à Saúde

Anarroza Garcia Silveira

Gerência de Desenvolvimento de Pessoas

Emanuella Koerich Zappelini

Gerência de Estágio

Miriam Jacques Schmidt

Gerência de Remuneração Funcional

Liliane Cavalleri Cardoso

Coordenadoria de Tecnologia da Informação

Oldair Zanchi

Gerência de Desenvolvimento

Giorgio Santos Costa Merize

Gerência de Rede e Banco de Dados

Janaina Klettenberg da Silveira

Gerência de Suporte

Rodrigo de Souza Zeferino

Gerência de Processos Jurídicos Digitais

Paulo Cesar Allebrandt

Coordenadoria de Engenharia e Arquitetura

Fabício Kremer de Souza

Gerência de Manutenção

Rômulo César Carlesso

Gerência de Logística:

Ricardo Alexandre Oliveira

Coordenadoria de Informação Social

Christian Rosa

Promotores de Justiça, por Entrância e Antiguidade na Carreira

Entrância Especial

Ernani Dutra	Marcelo Truppel Coutinho
Donaldo Reiner	Margaret Gayer Gubert Rotta
Saulo Torres	Ângela Valença Bordini
Moacir José Dal Magro	Ricardo Marcondes de Azevedo
James Faraco Amorim	Miguel Luís Gnigler
Paulo Roberto Luz Gottardi	Marcelo Wegner
Genivaldo da Silva	Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin
Janir Luiz Della Giustina	Sérgio Ricardo Joesting
Aor Steffens Miranda	Andreas Eisele
Lio Marcos Marin	Leonardo Henrique Marques Lehmann
Rogério Antônio da Luz Bertoncini	Gustavo Mereles Ruiz Diaz
Rui Arno Richter	Fernando Linhares da Silva Júnior
Cristiane Rosália Maestri Böell	Maristela Nascimento Indalencio
Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti	Thais Cristina Scheffer
Murilo Casemiro Mattos	Darci Blatt
Sidney Eloy Dalabrida	Maury Roberto Viviani
Fábio Streckler Schmitt	Eduardo Paladino
Neori Rafael Krah	Júlio César Mafra
Monika Pabst	Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Sonia Maria Demeda Groisman Piardi	Felipe Martins de Azevedo
Marcílio de Novaes Costa	Daniel Paladino
Jorge Orofino da Luz Fontes	Francisco de Paula Fernandes Neto
Onofre José Carvalho Agostini	Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto
Carlos Alberto de Carvalho Rosa	Vânia Augusta Cella Piazza
Rogê Macedo Neves	Fabiano David Baldissarelli
Jayne Abdala Bandeira	Assis Marciel Kretzer
Abel Antunes de Mello	Joubert Odebrecht
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese	Andrey Cunha Amorim
Carlos Henrique Fernandes	Julio André Locatelli
Davi do Espírito Santo	Marcelo Brito de Araújo
César Augusto Grubba	Juliana Padrão Serra de Araújo
Rui Carlos Kolb Schiefler	Rafael de Moraes Lima
Henrique Limongi	Luiz Augusto Farias Nagel
Ary Capella Neto	Joel Rogério Furtado Júnior
Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol	Rogério Ponzi Seligman
Hélio José Fiamoncini	Helen Crystine Corrêa Sanches
André Fernandes Indalencio	Geovani Werner Tramontin
Paulo Antonio Locatelli	George André Franzoni Gil
Alex Sandro Teixeira da Cruz	Kátia Rosana Pretti Armange
Cid Luiz Ribeiro Schmitz	Luciano Trierweiller Naschenweng
Protásio Campos Neto	Rosangela Zanatta
Rosemary Machado Silva	Cristina Balceiro da Motta
Vera Lúcia Coro Bedinoto	Maria Luzia Beiler Girardi
Flávio Duarte de Souza	Anelize Nascimento Martins Machado

Fabício Nunes
Nazareno Bez Batti
Affonso Ghizzo Neto
Celso Antonio Ballista Junior
Fabício José Cavalcanti
Marcelo Gomes Silva
Diana Spalding Lessa Garcia
Fabiano Henrique Garcia
Wilson Paulo Mendonça Neto
Benhur Poti Betiolo
Fernando da Silva Comin
Silvana Schmidt Vieira
Ana Paula Cardoso Teixeira
Alexandre Piazza
Ricardo Paladino
Hélio Sell Júnior
Carlos Alberto Platt Nahas
Jackson Goldoni
Luciana Rosa
André Otávio Vieira de Mello
Mauricio de Oliveira Medina
Jádel da Silva Júnior
Márcia Aguiar Arend
Raul de Araujo Santos Neto
Vera Lúcia Butzke
Cláudia Mara Noll
Leda Maria Hermann
Debora Wanderley Medeiros Santos
Rosan da Rocha
Ricardo Luis Dell'Agnolo
Álvaro Luiz Martins Veiga
Andréa da Silva Duarte
Alexandre Wiethorn Lemos
Mário Vieira Júnior
Sandro Ricardo Souza
Sandro de Araujo
Jonnathan Augustus Kuhn
Maria Amélia Borges Moreira Abbad
Gilberto Polli
João Carlos Teixeira Joaquim
Ricardo Figueiredo Coelho Leal
José de Jesus Wagner
Jean Michel Forest
Oswaldo Juvenio Cioffi Junior
Rodrigo Silveira de Souza
Amélia Regina da Silva
Milani Maurilio Bento
Gustavo Wiggers
Alvaro Pereira Oliveira Melo

Marcelo Mengarda
Simone Cristina Schultz
Luiz Fernando Góes Ulysséa
Rafael Alberto da Silva Moser
Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio
Alan Boettger
Max Zuffo
Mauro Canto da Silva
Caio César Lopes Peiter
Marcus Vinícius Ribeiro de Camillo
Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt
Vânia Lúcia Sangalli
Odair Tramontin
Adalberto Exterkötter
Cléber Augusto Hanisch
Giovanni Andrei Franzoni Gil
Heloisa Melo Enns
Renee Cardoso Braga
Roberta Mesquita e Oliveira Tauscheck
Roberta Mesquita e Oliveira Tauscheck
Deize Mari Oechsler
Leonardo Todeschini
Luis Suzin Marini Júnior
Wagner Pires Kuroda
Cristian Richard Stahelin Oliveira
Jussara Maria Viana
Priscilla Linhares Albino
Jadson Javel Teixeira
Marcelo de Tarso Zanellato

Entrância Final

Aristeu Xenofontes Lenzi
Maria Regina Dexheimer Lakus Forlin
José Eduardo Cardoso
Alexandre Schmitt dos Santos
Cristina Costa da Luz Bertoncini
Alexandre Daura Serratine
Rodrigo Millen Carlin
Gustavo Viviani de Souza
Márcio Conti Junior
Aurélio Giacomelli da Silva
Pedro Roberto Decomain
Eraldo Antunes
Karla Bárdio Meirelles Menegotto
Viviane Gastaldon Damiani Silveira Mira
José Orlando Lara Dias
João Carlos Linhares Silveira
Douglas Alan Silva