



Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude

Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude

Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude

Elaboração

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com Coordenação-Geral do Promotor de Justiça Marcelo Gomes Silva 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 Propress
Nov. 2008

Tiragem

1.125 exemplares



Santa Catarina. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude.
S222 Manual do Promotor de Justiça da infância e juventude / Coordenação-Geral do Promotor de Justiça Marcelo Gomes Silva ; elaboração técnica de Mayra Silveira ; supervisão da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e apoio da Procuradoria-Geral de Justiça. – Florianópolis : Coordenadoria de Comunicação Social, 2008.

292 p.

1. Promotor Público - manual. 2. Direitos do menor – manual. I. Silva, Marcelo Gomes. II. Silveira, Mayra. III. Título.

CDDir : 342.1642

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

SUMÁRIO

1 Apresentação.....	6
2 O novo direito da criança e do adolescente.....	10
2.1 Os caminhos da infância – A história social da criança e do adolescente.....	11
2.2 Breve olhar na história jurídica e social da criança e do adolescente no Brasil	16
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	25
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.....	62
4.2.3 Para a nomeação e a remoção de tutor	67
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.....	76
4.3 O procedimento para apuração de irregularidades em entidades de atendimento	78
4.4 A ação de responsabilização em razão de infração administrativa.....	85
4.4.1 As infrações administrativas contra as normas protetivas	86
4.4.2 As infrações administrativas em espécie.....	90
4.4.3 O procedimento de apuração de infração administrativa	97
4.4.4 A execução das multas cominatórias	98
4.5 A ação penal diante dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	99
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	119
4.6 Os remédios constitucionais.....	132
4.6.1 Mandado de Segurança.....	132
4.6.2 Mandado de Injunção.....	135
4.6.3 Habeas Corpus	138
5 O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos coletivos e difusos	140
5.1 Os direitos transindividuais.....	141
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	155
5.2.4 O processamento da Ação Civil Pública.....	157
5.2.5 Execução da sentença e do termo não cumprido	158
5.3 O direito à vida.....	159
5.4 O direito à saúde	163
5.4.1 O nascituro e a gestante	166
5.4.2 O aleitamento materno.....	168
5.4.3 Os estabelecimentos médicos de atendimento à parturiente	170
5.4.4 O teste do pezinho	172
5.4.5 A saúde da criança e do adolescente.....	174
5.4.6 O sistema preventivo e as campanhas de vacinação.	179
5.5 O direito à liberdade.....	180
5.5.1 O direito de ir e vir.....	182
5.5.2 A autorização para viajar.....	184
5.5.3 O direito à opinião e à expressão.....	184
5.5.4 O direito à crença e religião.....	185
5.6 O direito ao respeito e à dignidade	186
5.7 O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer.....	188
5.7.1 O direito à igualdade.....	191
5.7.2 As condições de acesso e a permanência.....	193

5.7.3 O ensino fundamental obrigatório	202
5.7.4 O ensino médio e a extensão de sua obrigatoriedade	204
5.7.5 A educação tecnológica e profissionalizante	206
5.7.6 A educação infantil	208
5.7.7 O ensino noturno ao adolescente trabalhador.....	210
5.7.8 O processo educacional.....	212
5.7.9 O direito à cultura, ao esporte e ao lazer	213
5.8 O direito à profissionalização.....	218
5.9 Ação de Inconstitucionalidade.....	220
6 O Promotor de Justiça e o Ato Infracional	223
6.1 Primeiras considerações.....	227
6.2 A apresentação do adolescente	227
6.3 O arquivamento da notícia de ato infracional	229
6.4 A remissão ministerial.....	230
6.5 A representação à autoridade judiciária.....	232
6.6 As audiências de apresentação e em continuação.....	235
6.7 A aplicação de medida socioeducativa	237
6.8 O recurso	240
6.9 Fluxograma do procedimento.....	241
6.9.1 Fase policial.....	242
6.9.2 Fase ministerial.....	243
6.9.3 Fase judicial.....	244
7 O Promotor de Justiça como fiscal da lei	245
7.1 Peculiaridades da atuação na qualidade de custos legis.....	245
7.2 As previsões estatutárias.....	251
7.2.1 Nos procedimentos de cunho familiar.....	251
7.2.2 Nas medidas socioeducativas	252
7.2.3 No afastamento provisório do dirigente de entidade de atendimento	252
7.2.4 Nos procedimentos não disciplinados pela Lei nº 8.069	252
7.2.5 Nas infrações administrativas.....	253
7.2.6 Na apuração de irregularidade em entidade de atendimento	253
8 O Promotor de Justiça e os procedimentos não jurisdicionais.....	254
8.1 As prerrogativas na atuação extrajudicial.....	255
8.2 Os procedimentos administrativos e as sindicâncias	257
8.3 A fiscalização às entidades de atendimento.....	258
8.4 A fiscalização da aplicação das verbas do Fundo Municipal	262
8.5 A atuação na articulação da rede de garantia.....	264
9 Considerações Finais: a infância e a juventude que desejamos	265
10 Referências	267
11 Anexo.....	274
11.1 As Doenças Diagnosticáveis a partir do Teste do Pezinho.....	274

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 8.625/93 representa um marco na história do Ministério Público. Vínhamos moldando nosso novo perfil institucional, na verdade, desde a década de 70 do século passado, 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, 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 artigo 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, de 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 artigo 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” (Rodrigues 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 infanto-juvenil 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 Rodrigues 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 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 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.

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 Justiça da Infância e da Juventude, deverá dominar certos conceitos que foram introduzidos no universo jurídico a partir da posituação 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 Capítulos, do Terceiro ao Oitavo –, 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, deverão ser abandonados na 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 de trevas, 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 seqüência, entrelaçam-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).

1 Phillip 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).

A Idade Moderna, período histórico de 1453 a 1789 - anos da queda do Império Bizantino e da Revolução Francesa, respectivamente -, 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 demais 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, à medida que possibilita a prolongação da infância, torna-se um importante ponto 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 semi-analfabetas (Ariès, 1978, p. 189-90).

Em decorrência, por ser certo o destino das meninas – o casamento -, 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, a partir de 1789, com a Tomada da Bastilha, 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, no início da Idade Contemporânea, 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 vetam 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, é refletido esse quadro internacional com todos seus cruéis contornos. De acordo com o Ministério da Saúde (2006), estima-se que 12,7% da população brasileira composta por crianças e adolescentes com idade compreendida entre 10 e 14 anos de idade já trabalham.

Os danos do trabalho infantil são latentes, pois, quando não interrompe a vida escolar, atrapalha-a substancialmente, implicando um ciclo vicioso: a criança ou o adolescente abandona os bancos escolares para poder dedicar-se ao trabalho e, como consequência, não recebem a formação e instrução que esperada, após, 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-nos 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, à medida 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 infanto-juvenil, 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, à medida 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 doutrinal 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 conseqüente 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 sem 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 miseráveis. 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 infante-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

3 A roda dos expostos é um dispositivo com origem medieval e italiana. Inicialmente utilizada para manter o máximo de isolamento dos monges reclusos, é posteriormente adotada também para preservar o anonimato, mas agora daqueles que depositam 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 e 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 Aprendizagem 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).

lado obrigou o Estado a reconhecer juridicamente como cidadãos as crianças e os adolescentes, preven-
do 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 infanto-juvenil brasileira é vítima da exclusão social. De acordo com dados do Índice de Desenvolvimento Brasileiro (IDB), de 2006, divulgados na página eletrônica do Ministério da Saúde, 22,58% das crianças brasileiras não chegam a completar um ano de vida e aquelas que dessa idade ultrapassam, 26,85% 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 meros objetos da tutela estatal.

As suas primeiras Constituições brasileiras - a Constituição Imperialista 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 com vistas na 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.

Já, em 1860, os movimentos abolicionistas no Senado conseguiram aprovar lei que vetava a venda de escravos que acarretasse na 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.

Todavia, 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, à medida 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, uma vez que, além de facultar ao senhor de sua mãe a utilização de sua mão-de-obra até completos 21 anos de idade, a título de indenização, a fiscalização do governo não alcançava aos 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 de Matos, autor do projeto de lei e grande atuante do “direito do menor”. Por ele, ficou instituída a “doutrina do direito penal do menor”, cujo foco era a criança e o adolescente “menor abandonado” ou “delinqüente”.

O Código Mello de Matos refletia a elite moralista de sua época, os “menores” objeto da Lei encontravam-se à margem do sistema econômico-social e, em conseqüência, 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 vetava 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 impu-

tabilidade 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 quatorze anos de idade, o que desde já se repudia.

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 das 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 ‘delinqüentes’ na vida adulta (Salvo, 2003).

A situação da infância e juventude brasileira, 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 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, 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. 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 e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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 seqüência.

2.4 A DOCTRINA 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 Assembléia 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 já surgiu com *status* de texto constitucional, tendo sua redação ficado a cargo do art. 227, a 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”.

No campo infraconstitucional competiu à Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por menção expressa em seu art. 1º, disciplina 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, são elas:

- 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 do Estatuto).

- 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 preferência 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 do Estatuto).

Do confronto entre as doutrinas da proteção integral e da situação irregular, Rodrigues 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	Estatual	Co-Gestão Sociedade Civil
Organização	Piramidal Hierárquica	Rede
Gestão	Monocrática	Democrática

Diante de tantas mudanças, surgiram diversos princípios que hoje norteiam o 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 obra⁴, todavia acreditamos que muitos dos que estão ali indicados, na verdade, são derivados uns dos outros.

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.

4 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.

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).

Não se pode definir o princípio da absoluta prioridade ao direito da criança e do adolescente senão como a interpretação literal da soma de seus vocábulos, ou seja, a primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à infância e juventude.

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, vide o art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

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

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 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.

Por fim, 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, à medida que orienta, 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 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 “princípio orientador”, à medida que indica serem a criança e o adolescente os destinatários da doutrina de proteção integral e da prioridade absoluta de direitos.

Nesse sentido, conforme recorda Rodrigues Amin (2007, p.28), os direitos da criança e do adolescente devem ter prioridade, ainda que colidentes com os de sua própria família. Todavia, conforme colocado pela Autora, 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 despedido 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. (Rodrigues 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, inciso 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 incisos) e da Lei nº 8.069/1990 (art. 88, 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 federati-

vos transferiram atribuições, antes somente suas, aos Municípios, ente mais próximo da realidade das crianças e dos adolescentes cidadãos. 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 Rodrigues 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 de 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 idéias, 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.

Mikhail 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 refrata 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 a fazer uso impecável dos termos processuais em detrimento das 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 conseqüências 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 lingüística 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 seja tão humanas assim”.

Diante do exposto, passamos a listar os principais termos modificados pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.069/1990, 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 con-

texto 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 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 delinqüentes. 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, dos que não tiveram respeitado o direito ao convívio no seio familiar e dos 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).

Há um outro argumento contrário ao uso da expressão “infrator”, é que ela rotula o adolescente por um ato, por vezes isolado, em sua vida. Ou seja, 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 Mayhew⁵. 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 e rua” se fixa na linguagem popular ao mesmo tempo em que diversas pesquisas desconstroem 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 ilegalmente 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.

5 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.

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 controversa, uma vez que não parece possível estabelecer um termo capaz de ultrapassar barreiras de tempo e espaço.

Sasaki (2005), em art. disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça, realiza um interessante retrospecto da trajetória dos termos utilizados ao longo da história de atenção às pessoas com deficiência, no Brasil.

Termos como inválidos⁶, utilizado por muitos séculos; incapacitados ou incapazes⁷, mais presente até a década de 60; defeituoso, deficiente e excepcional⁸, constantes entre as décadas de 60 e 80; portador de deficiência⁹, a partir do final da década de 80; portador de necessidades especiais ou com necessidades especiais¹⁰, ao fim da década de 90; pessoas especiais, aproximadamente na mesma época; portadores de direitos especiais¹¹, em 2002, são alguns dos termos mais observados

6 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).

7 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).

8 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)

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

10 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).

11 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).

ao longo da história brasileira.

Todavia, ao final da década de 90, movimentos mundiais de pessoas com deficiência, incluindo o 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;
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, Sasaki:

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 (Sasaki, 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 -, ainda que utilizada ao longo da redação da Lei nº 8.069/1990, não possui aplicação no atual ordenamento constitucional. A Carta 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. 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.

Outrossim, o emprego do termo “pátrio” apenas desabona a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme expõe Brasileiro (2003, p.108), “dos velhos tempos guardou o art. 21 (do Estatuto) o nome pátrio, revelador da sociedade patriarcal em que foi cunhado. Mátrio

poder refletiria mais claramente a situação da família moderna”.

Por todo o exposto, independentemente de aspectos etimológicos, por compreender o papel do pai e da mãe na relação familiar, o Promotor de Justiça contemporâneo abomina a expressão “pátrio poder”, preterindo-a em relação ao uso coerente do termo “poder familiar”.

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 infantil”, que logo remete a criança e o adolescente à situação de vítimas.

G) O JUIZADO DE MENORES OU O JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

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).

O Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser confundido com um terceiro Código, não obstante conste na página eletrônica da Presidência da República¹², descrito no *link* direcionado à leitura do Estatuto, a expressão “Código de Menores” entre parênteses.

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

12 Vide <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/quadro_cod.htm> Acesso em: 30/jun/2008.

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, II), cujo significado e os efeitos em nada se assemelham à reincidência penal - na esfera criminal. 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, 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, 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 abrigos.

K) O CRIME OU O DELITO COMETIDO POR ADOLESCENTE

Não se admite que o operador jurídico atuante 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, o adolescente é penalmente inimputável, estando sujeito 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”, em especial, porque 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 socioeducativas¹³, conforme supunham necessário.

As medidas privativas de liberdade, seja total ou parcial, disciplinadas pela Lei nº 8.069/1990, são as medidas de inserção em regime de semiliberdade (inciso V) e de internação em estabelecimento educacional (inciso 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 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.

¹³ 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.

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 disciplinas 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.¹⁴

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 se limita ao caráter punitivo, abrangendo o aspecto educacional e a responsabilização do adolescente.

14 Nos Tribunais de Justiça dos Estados Bahia, Goiás e São Paulo os recursos impetrados contra decisão proferida em procedimento de apuração de ato infracional são de competência de Câmaras Especiais; Nos Estados do Acre, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Rondônia e Tocantins, o recurso é analisado por Câmaras Cíveis; No Distrito Federal e nos Estados Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina e Sergipe, a análise fica a cargo de Câmaras Criminais; No Estado do Amapá o recurso é dirigido à Câmara Única. No momento da pesquisa, as páginas eletrônicas dos seguintes Estados não estavam disponíveis: Alagoas, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí e Roraima.

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 formação.

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 permitirá 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.¹⁵

Desse modo, conferida a posse no cargo, poderá o Promotor de Justiça:

15 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.

a) comunicar a assunção do cargo, por ofício ou outro meio documentável, 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, velando 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 da Lei nº 8.069/1990;

Quanto ao exercício das funções jurisdicionais, especialmente aquelas estabelecidas ao longo dos incisos 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 ¹⁶; e

d) cuide para que em todos 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).

16 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, a 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, o Quarto Capítulo, deste Manual, indica os procedimentos previstos pela Lei nº 8.096/1990, 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, inciso II, a legitimidade para a promoção e o acompanhamento, não será abordado no presente Capítulo, uma vez que a questão é objeto do Capítulo Sexto deste 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 e dos coletivos e difusos.

Apesar da riqueza de seus incisos e parágrafos, o art. 201 não abraça todas as funções institucionais, motivo pelo qual indica, em seu § 2º, que as atribuições indicadas em seus incisos “*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 na lei estatutária, haja vista que o inciso 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 Ministério Público não afasta a de terceiros, nas mesmas hipóteses, quando decorrentes da legislação civil ou processual civil (art. 201, § 1º).

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 e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e **à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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, que confere o caráter excepcional à família substituta, priorizando os laços consanguíneos, que deverão ser mantidos sempre que possível.

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), ainda que seja vontade dos pais biológicos terem com eles seus filhos, a estes deverá ser designada família substituta.

B) IGUALDADE ENTRE OS FILHOS:

A igualdade entre filhos, por sua vez, 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 matrimoniais 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.

Entretanto, apesar das longas décadas em que essa classificação manchou nosso ordenamento jurídico, hoje não é cabível no mundo jurídico qualquer distinção entre os filhos, estando “*proibidas quaisquer designações discriminatórias relativa à filiação*” (art. 20, ECA).

C) 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 pátrio poder 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 que estabeleceu a gerência da sociedade conjugal e do poder familiar tal qual hoje se conhece.

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 “pátrio poder” 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 mãe¹⁷.

17 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).

D) 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 título 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*:

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 suspensão do poder familiar.

E) 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 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 Adolescente importou em um grande avanço legislativo, à medida que se contrapõe ao art. 2º, inciso 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 8.650/1992**, 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, § 5º).

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, § 5º).

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 reconhecidora 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, inciso 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 discutir-se 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 constituem-se menos em um instituto punitivo dos pais e mais um ato em prol dos menores, 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 conseqüente colocação em família substituta.

Entretanto, tal tarefa não é simples. Ferreira (2004) aponta a grande dificuldade de descobrir o momento certo para ingressar com a ação de perda ou suspensão do poder familiar, em especial quando é certo que, se provido o pedido, será a criança ou o adolescente destinado a abrigos. 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 abrigo é medida provisória e excepcional, permitidas penas como forma de transição para a colocação em família substituta (art. 101, parágrafo único, ECA).

Diante disso, Ferreira (2004) propõe como solução ao abrigo 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 impetrar o procedimento jurisdicional, o Ministério Público deverá avaliar as condições de manutenção da criança ou do adolescente em sua família de origem, haja vista o seu caráter privilegia-

do conferido pelo art. 19 da Lei nº 8.069/1990. Outrossim, dever-se-á avaliar se há condições de colocação dessa criança ou desse adolescente em família substituta, uma vez que o abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável apenas como forma de transição para a colocação em família substituta (art. 101, parágrafo único).

De acordo com o Código Civil em vigor, 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 pátrio poder 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 destituição do poder familiar. A prática tem mostrado que as “ações de verificação de situação de risco” costumam demorar tempo considerável com os trâmites cartorários para se obterem as medidas de proteção que o Estatuto já faculta.

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 interesse¹⁸ (art. 155).

Os **requisitos da petição inicial** encontram-se enumerados nos incisos do art. 156: 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.

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, deverá 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

18 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.

ou o adolescente ser confiado a pessoa idônea, a qual firmará termo de responsabilidade (art. 157).

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).

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

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).

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*).

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

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).

Outrossim, sempre que o pedido importar em modificação da guarda, na medida do possível, deverá ser **ouvida a criança e o adolescente** (art. 161, § 2º).

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).

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*), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, II).

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).

Não obstante, por fim, “*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 adotados¹⁹.

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, inciso 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).

19 Art. 48. A adoção é irrevogável. (Estatuto da Criança e do Adolescente).

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 múnus 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 ótima 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 Civil²⁰, deverá a autoridade judiciária e o Promotor de Justiça analisar

20 “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 impos-

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.

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.

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 Civil²¹ ou da intimação do despacho que mandar

sibilitados por enfermidade; V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; VI - aqueles que já exercerem tutela ou curatela; VII - militares em serviço” (Código Civil).

21 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 consangüíneos 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. Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimento público para este fim destinado, e, na falta desse estabelecimento, ficam sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregarem da sua criação (Código Civil).

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).

A **especificação da hipoteca legal** será dispensada, no entanto, quando o tutelado não possuir bens ou rendimentos, quando os existentes constarem de instrumento público devidamente registrado, ou, ainda, por outros motivos que se mostrarem relevantes (art. 37, ECA).

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). 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).

O **procedimento para remoção** do tutor, por sua vez, deverá estar fundamentado em um dos motivos listados nos incisos 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, este-

lionato, 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 maioridade ou emancipação do tutelado (art. 1.763, inciso I), pela adoção do tutelado ou pelo reconhecimento do estado de filiação por terceiro (art. 1.763, inciso II), quando expirar o termo em que era o tutor obrigado a servir (art. 1.764, inciso I), ou quando sobrevier escusa legítima ao exercício da tutela (art. 1.764, inciso 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, inciso 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, inciso IV).

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 pretense 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, no seu art. 37, duas hipóteses de dispensa da hipoteca legal: quando o tutelado não possuir bens ou rendimentos, ou o possuir 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 có-

digo 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.

Não obstante o texto estatutário, o Código Civil em vigor deslocou a hipoteca legal da regra para a **exceção**²², exigindo-a apenas quando o patrimônio da criança e do adolescente constituam elevado valor (art. 1.745, parágrafo único). Todavia, ainda que seja configurada essa situação, a autoridade judiciária poderá dispensá-la se o tutor for pessoa reconhecidamente idônea.

Todavia, 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 pretense tutor, seja em razão da sua impossibilidade, a nomeação ficará sem efeito (art. 1.191, CPC).

22 Outrossim, de acordo com o art. 2.040 do Código Civil em vigor, o tutor que indicou bens à hipoteca legal no procedimento do Código Civil de 1916 poderá solicitar seu cancelamento, desde que seja pessoa reconhecidamente idônea.

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, inciso II, ECA).

4.2.5 PARA A PRESTAÇÃO DE CONSTAS DO TUTOR E DO CURADOR

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

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, inciso 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 auferida 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).

A prestação pode ocorrer em espécie, ou seja, com a compra de 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), 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), 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), 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 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 for o devedor 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 constitucio-

nal (art. 5º, inciso LXVII²³), prevista pelos §§ 1º, 2º e 3º do art. 733 do Código Processual Civil, *in verbis*:

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.

Em 2002, na Comarca de Joinville, um inusitado pedido de alimentos resultou em uma interessante sentença. Por meio dos Autos nº 038.02.034445-4, um adolescente órfão, sem qualquer vínculo com sua família de origem, domiciliado em abrigo transitório da Prefeitura de Joinville, às vésperas de completar dezoito anos, sem perspectiva de local para morar ou meios que garantam 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 sentença²⁴, por julgar o pedido juridicamente impossível, é importante que sejam oxigenados os entendimentos jurídicos e formuladas estratégias de cobrança de uma

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

24 No julgamento da Apelação Cível nº 2005.025707-5, pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 30/nov/2006.

resposta aos abrigos, feitas pelo Poder Público e pela sociedade, sistema que se mostrou, até os dias de hoje, incapaz de proporcionar o que se propõe, à medida que afasta a criança e o adolescente do conceito de cidadania.

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.

A história da política de assistência à criança e ao adolescente no Brasil vem de longa data – meados do Século XVI –, atrelada às missões de catequização das crianças indígenas promovidas pelos jesuítas²⁵.

No Brasil-Colônia, no início do Século XVIII, foi instituída pela Santa Casa de Misericórdia o sistema das “Rodas de Expostos”²⁶, que perdurou ao longo de três séculos, iniciando seu processo de extinção apenas a partir da década de 30.

O período Imperial foi marcado pelo lento e progressivo deslocamento do assistencialismo da Igreja para o Estado: as rodas, em 1828, são colocadas a serviço do Estado; de 1833 a 1850, são criadas “Casas de Correção” para os adolescentes envolvidos em atos infracionais; e, em 1875, é instituído o “Asilo dos Meninos Desvalidos”, para a internação dos meninos em situação de miserabilidade.

25 Em 1551, por ordem do chefe Jesuíta Manoel da Nóbrega, foi instituída as primeiras casa de recolhimento para meninos e colégios administrada pela Companhia de Jesus (Tavares, 2007, p. 263).

26 Vide nota de rodapé nº 3, na página 8 deste Manual.

No início do Século XX, já, na República, surge timidamente a concepção de se investir na criança como meio de garantia do desenvolvimento do País, nas palavras de Tavares (2007, p. 265):

A inauguração da rede de assistência pelo Estado foi balizada no ideário higienista e, conseqüentemente, na implementação de políticas ligadas ao controle sanitário e eugênico das camadas menos favorecidas da sociedade; foi aí caracterizada pela manutenção do sistema de acolhimento de crianças e de adolescentes pobres – ou em conflito com a lei – em instituições oficiais ou conveniadas, que funcionavam em regime de internação.

Na década de 60, por meio da Lei nº 4.513/1964, foi instituída a Fundação do Bem-Estar do Menor, destinada ao atendimento da criança e do adolescente “em situação irregular”, cujo triste desenrolar histórico, permeado por fugas, rebeliões, arbitrariedades e torturas ainda assombra a lembrança pública. Era o tempo de uma confusão conceitual entre crianças e adolescentes em carência econômica com aqueles em conflito com a lei.

Com a mudança paradigmática promovida pela Carta Cidadã de 1988, os programas de assistência também sofreram reformulações, de modo que as entidades de atendimento, sejam governamentais ou não, fossem adaptadas aos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As entidades de atendimento encontram sua disciplina no Capítulo II do Título I da 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*).

Os programas de proteção ou socioeducativos, sempre destinados a criança e/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) abrigo; e) liberdade assistida; f) semiliberdade; e g) internação (incisos do art. 90).

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 abrigo deverão orientar-se pelos princípios listados pelo art. 92 do Estatuto, *in verbis*:

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

I - preservação dos vínculos familiares;

II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;

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.

Parágrafo único. O dirigente de entidade de abrigo e equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

Por sua vez, as entidades que desenvolvem programas de internação devem observar, rigorosamente, as obrigações que lhe são impostas pelo art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

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 abrigo.

§ 2º No cumprimento das obrigações a que alude este art. 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), as mesmas 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 do Oitavo Capítulo deste Manual – “O Promotor de Justiça e os procedimentos não jurisdicionais”.

Uma vez impetrado o procedimento para apuração de irregularidade – independentemente de ser 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).

A redação do art. 192 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocasionou uma breve discussão doutrinária: o legislador, ao dispor que deverá o dirigente oferecer resposta, dispensou que a defesa fosse redigida por advogado habilitado?

Os debates ganham força quando a leitura do art. 192 é realizada em concomitância com a do parágrafo único do art. 197 - este faz expressa referência à manifestação do “procurador do requerido”, enquanto aquele omite a necessidade de constituir defensor.

Não obstante as omissões do texto estatutário, parece simplista a corrente que dispensa a defesa técnica. No sistema processual brasileiro, salvo poucas e discutíveis exceções, somente o advogado possui capacidade postulatória, logo apenas ele poderá formular teses de acusação ou de defesa em juízo.

Outrossim, o advogado é, nos termos da Constituição Federal de 1988, “*indispensável à administração da justiça*”, sendo a defesa técnica garantida inclusive aqueles que não podem por ela pagar (art. 206, parágrafo único, ECA e art. 5º, inciso LXXIV, CF).

Havendo motivos graves, poderá o magistrado decretar o **afastamento provisório** do dirigente, devendo, para tanto, ouvir antes o representante do Ministério Público (art. 191, parágrafo único).

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.

Parágrafo único. 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.

O **recurso** à decisão proferida ao final do procedimento para apuração de irregularidade em entidade de atendimento será o de **Ape-
lação**, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, ECA), respeitado, todavia, o **prazo** de **dez dias** (art. 198, inciso 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, à medida que restringem direitos individuais em nome da coletividade.

A natureza do procedimento de apuração da infração administrativa não é entendimento unânime na doutrina ou na jurisprudência. De um lado, doutrinadores como o membro do Ministério Público paulista Valter Kenji Ischida defendem a natureza administrativa do procedimento. Na mão oposta, doutrinadores como Patrícia Pimentel O. C. Ramos, membro do Ministério Público fluminense, 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, inciso VI), 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 exigida 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 oitavo, que trata 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 PROTEATIVAS

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 conseqüência 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, a 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 INPC²⁷.

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 para ambos os lados.

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).

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

Dessa forma, é correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que defende a aplicação da prescrição quinquenal:

Administrativo. ECA. Infração Administrativa. Multa. Prazo prescricional.

1. O prazo prescricional para a cobrança de multa por infração administrativa tipificada no ECA é de cinco anos.

2. Recurso especial provido.

[...]

Merece reparo o reconhecimento de analogia entre a prescrição, como modalidade de extinção de punibilidade no âmbito penal, com as normas a serem aplicadas no caso de infrações administrativas, enunciadas em capítulo específico no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A dificuldade existe porque a lei não é expressa quanto ao prazo para a cobrança das infrações administrativas. O próprio termo prescrição é inadequado para o caso, em que se verifica a perda do direito de a Administração promover a cobrança do seu crédito. Seria melhor falar-se em decadência, como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Inexistindo regra específica sobre prescrição, nos termos do art. 4º da LICC, deverá o operador jurídico valer-se da analogia e dos Princípios Gerais do Direito como técnica de integração, já que a imprescritibilidade é exceção somente aceita por expressa previsão legal ou constitucional e não há no Estatuto da Criança e do Adolescente nenhuma referência ao prazo prescricional em caso de infrações administrativas.

Nas últimas edições de sua obra, Celso Antônio Bandeira de Mello, revendo o posicionamento que adotara até a 11ª, quando preconizava a aplicação

análogica do Código Civil (como o Tribunal a quo), passou a reconhecer que se deve aplicar o prazo de cinco anos, por ser uma constante nas disposições gerais instituidoras de regras do Direito Público nessa matéria, a menos que se cuide de comprovada má-fé, quando seria de invocar-se a regra do Código Civil, agora estabelecida em dez anos.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 822.839/SC. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em: 15/ago/2006).

E, ainda:

Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Eca. Multa Aplicada em razão de infração administrativa. **Prazo prescricional de cinco anos para sua cobrança.** Decreto 20.910/32. Art. 114, I, do Código Penal. Inaplicabilidade. Inexistência de omissão.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em autos de infração administrativa por violação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Como se constata dos autos, ao apreciar o cabimento da pena de multa aplicada à empresa, por descumprimento do estabelecido no ECA, o acórdão, amparado no art. 114 do Código Penal, aplicou o prazo bienal de prescrição e declarou extinto o processo sem resolução do mérito.

2. Merece acolhida o pedido, porquanto a solução empregada pelo acórdão recorrido se evidencia em confronto com a exegese adotada por esta Corte, segundo a qual, **em se tratando de infração administrativa do ECA, deve-se observar o lapso prescricional inscrito de 5 anos, nos termos do Decreto 20.910/32.**

3. Recurso especial conhecido e provido para o fim

de que o Tribunal recorrido, afastada a prescrição, examine o mérito do litígio.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 855179/RN. Relator: Min. José Delgado. Julgado em: 18/set/2007).

4.4.2 AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE

O Estatuto da Criança e do Adolescente previu e deu disciplina às infrações administrativas cometidas contra as normas de proteção a criança e ao adolescente, o que pode ser observado pela leitura dos artigos 245 ao 258, 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 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”*.

Art. 246. Impedir o responsável ou funcionário de entidade de atendimento o exercício dos direitos constantes nos incisos 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, inciso II); 2) avistar-se, reservadamente, com seu defensor (art. 124, inciso III); 3) receber visitas, ao menos, semanalmente (art. 124, inciso VII); 4) correspondência com seus familiares e amigos (art. 124, inciso VIII); e 5) receber escolarização e profissionalização (art. 124, inciso XI).

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.

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.

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 869-2²⁸.

28 “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal 8069/90. Liberdade de manifestação

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 do art. 248 deve ser avaliada com bastante cautela. Ao regulamentar a “guarda para a prestação de serviços domésticos”, o legislador permitiu que o adolescente trabalhasse na condição de empregado doméstico, em cidade distante da residência de seus pais, o que desde já se discorda.

Dessa forma, por configurar relação de trabalho, não será permitida esta modalidade de guarda quando o adolescente não tiver alcançado a idade mínima laboral, qual seja, 16 anos de idade.

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder 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.

Os deveres do poder familiar, a que faz referência o artigo 249,

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 Galvão. Julgado em: 4/8/1999).

encontram disciplina no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 21 a 24) e no Código Civil (arts. 1.630 a 1.638). Somente aqueles que detêm o poder familiar estão sujeitos a essa infração.

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

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

A infração do art. 250 penalizou 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 infanto-juvenil, que, muitas das vezes, ocorre no interior de estabelecimentos destinados à hospedagem.

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, na medida 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.

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 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).

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, a qual dá as diretrizes relativas ao processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres.²⁹

Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congêneres classificados 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

²⁹ 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: 7/ago/2008.

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.

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.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 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.

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 infanto-juvenil.

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 última infração administrativa prevista 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, que 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*”.

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, inciso X).

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**³⁰ de acordo com as hipóteses estabelecidas pelos incisos do art. 195 do Estatuto: “*I - pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do requerido;*

30 O Estatuto fala em “intimação”, todavia, por ser necessário um instrumento capaz de chamar o requerido ao pólo negativo da lide, deverá ser procedida a citação.

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*), sob pena de ser o procedimento imediatamente encaminhado para **vista do Ministério Público**, no **prazo de cinco dias**, e seguir, para **decisão**, em **igual prazo** (art. 196).

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).

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).

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, inciso II, ECA).

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. 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 legítimos*" (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.

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, inciso I, da Constituição Federal, o único titular da Ação Penal Pública. Dessa forma, é função do Promotor de Justiça que atua na Vara da Infância e Juventude 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 56/138.³¹

O impressionante estudo abarca a violência contra a criança e o adolescente, nas mais diversas esferas – na família, na escola, no abrigo, nas instituições de privação de liberdade, no ambiente trabalho e 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

31 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.

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 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 do mundo sofrem castigos corporais no lar, como meio educacional e corretivo³².

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

32 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 freqüentes 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).

legislação da maioria dos países³³.

Aliás, muito embora tenham os Estados Membros da ONU se comprometido, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, pelo seu art. 37³⁴, a utilizar a medida de privação de liberdade contra a 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).

33 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, índice que, se considerado apenas os estudantes negros, alcançava espantosos 30% (Veronese, 1997, p. 21).

34 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 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.

June Kane, porta-voz do grupo de estudo da ONU, em uma entrevista³⁵ 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. Já, em 1990, há 18 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 solucionada. No início de 2008, o Ministério da Justiça lançou o Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros³⁶, documento por meio do qual denuncia o aumento em 31,1% do número de mortes violentas de jovens, no período de dez anos (de 1996 a 2006).

No ordenamento jurídico brasileiro, é bastante comum a criação 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)

35 UOL – Últimas Notícias: Internacional. **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.

36 O Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros de 2008 encontra-se disponível, na íntegra, na página eletrônica da RITLA – Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana. Disponível in: <http://www.ritla.net/index.php?option=com_content&task=view&id=2314&Itemid=147> Acesso em: 27/out/2008.

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).

Nesse ponto, um interessante conflito doutrinário merece ser levantado. O art. 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs que os tipos penais indicados naquela Lei seriam processados por meio da Ação Penal Pública, assim, a leitura isolada do dispositivo leva o leitor seguinte à conclusão: os crimes praticados contra a criança não listados pelo Estatuto serão processados de acordo com a lei que o estabeleceu.

Esse entendimento não é de todo incorreto, todavia, esbarra nos “crimes contra os costumes”³⁷ - estupro (art. 213, CP), atentado violento ao pudor (art. 214, CP), posse sexual mediante fraude (art. 215, CP), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), assédio sexual (art.

37 O Código Penal brasileiro, publicado em 07/dez/1940, classificou os crimes sexuais de acordo com a moral de sua época, desta forma, denominou-lhes de “crimes contra os costumes”, uma vez que o bem jurídico tutelado era a moral pública sexual (Piazza, 2005, p. 98). Com a evolução da sociedade, grupos feministas e de criminalistas, a partir da década de 80, passam a reivindicar a alteração do título para “crimes contra a liberdade sexual”, haja vista que o bem jurídico a ser tutelado pela lei penal é a livre disponibilidade do próprio corpo, e não a moral da sociedade. As reivindicações culminaram no Projeto de Lei nº 4850/2005, aprovado pela Câmara dos Deputados em 14/maio/2005, para modificar a denominação do Título IV do Código Penal de “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES” passará a ser o “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”. A proposta retornou ao Senado (casa de origem) para serem aprovadas ou rejeitas as emendas feitas ao texto na Câmara.

216-A, CP) e corrupção de menores (art. 217, CP) - praticados contra a criança ou o adolescente.

O art. 225 do Código Penal impõe que os crimes indicados, no parágrafo acima, sejam processados apenas por meio de ação penal privada, ou seja, com início mediante queixa-crime³⁸.

Será permitida a ação penal pública apenas nas hipóteses estabelecidas pelo § 1º, quais sejam: “*I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; ou, II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador*”. Para a hipótese do inciso I, todavia, há necessidade de prévia representação da vítima.

Dessa forma, caso a vítima não seja pobre e o crime não tenha ocorrido com abuso do poder familiar, ou seu equivalente, ou ainda, apesar de pobre, não tenha oferecido representação, a Lei não admite a atuação do Promotor de Justiça.

Ainda que a Súmula nº 594, do Supremo Tribunal Federal tenha regulado que “*os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal*”, caso os responsáveis pela vítima nada apresentarem, abre-se brecha para que um terrível crime contra a criança e o adolescente, por medo, displicência ou pudor, fique impune.

Todavia, ainda que se entenda que, na ação penal privada, o pudor da vítima adulta prevaleça sob o *jus puniendi* do Estado, este entendimento não encontra sustento no ordenamento jurídico quando a vítima é criança ou adolescente.

O Código Penal, ao permitir que os pais ou responsável disponham do direito de representação e queixa da criança e do adolescente vítimas de abuso sexual, vai de encontro aos princípios instituídos pela

38 O legislador reservou a ação penal privada aos crimes contra a liberdade sexual por acreditar que o interesse vítima deveria sobrepor-se ao da coletividade, deixando ao seu encargo a decisão de processar ou não seu agressor. Os defensores deste ponto de vista acreditam que o ofendido, ao levar a questão, contra sua vontade, aos tribunais e ao conhecimento público, ficaria tão constrangido a ponto de “o mal da lei ser maior que o mal do crime” (Noronha *apud* Piazza, 2005, p. 127). Todavia, é temerosa a manutenção desta faculdade à vítima que, por medo ou por vergonha, permite àquele que cometeu um crime gravíssimo permaneça impune, livre e disposto de perpetuar esta conduta criminosa.

Constituição Federal (art. 227, § 4º)³⁹, uma vez que lhes permite sonegar proteção, dignidade e respeito (Piazza, 2005, p. 156).

Ademais, o art. 5º Estatuto da Criança e do Adolescente impôs que “*nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*”.

Dessa forma, em razão dos arts. 5º da Lei nº 8.069/1990 e 227, § 4º, da Constituição Federal e da doutrina da proteção integral, entende-se que todo e qualquer crime cometido contra a criança ou o adolescente, ainda que seja crime contra a liberdade e o desenvolvimento sexual, deverá ser processado pela Ação Penal Pública, independentemente de representação da vítima ou de seus representantes.

4.5.1 CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE – 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), para descrever os tipos penais praticados contra a criança e o adolescente, cuja transcrição e observação seguem individualizadas abaixo.

F) 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:

³⁹ “§4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

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”.*

G) 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 inciso 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 (como, por exemplo, o teste do pezinho).

H) 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”.

I) 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”.

J) 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), 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).

K) 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, inciso II, do art. 1º, 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.

L) 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.

M) 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); **2)** a medida de internação, em hipótese alguma, poderá exceder três anos (art. 121, § 3º); e **3)** a medida de internação será compulsoriamente liberada aos 21 anos do adolescente (art. 121, § 5º); 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).

N) 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.

O) 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 substituído*”, 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.

P) 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 substituída*” (art. 19).

Q) 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 adolescente ao exterior sem observar as formalidades legais ou com intuito de obter lucro.

R) UTILIZAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM CENA PORNOGRÁFICA:

Art. 240. Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva, cinematográfica, atividade fotográfica ou de qualquer outro meio visual, utilizando-se de criança ou adolescente em cena pornográfica, de sexo explícito ou vexatória:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, nas condições referidas neste art., contracena com criança ou adolescente.

§ 2º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos:

I - se o agente comete o crime no exercício de cargo ou função;

II - se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.

- **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

ou filme.

- **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.

S) PUBLICAÇÃO PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste art.;

II - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste art.;

III - assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste art..

§ 2º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos:

I - se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função;

II - se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.

- **Objeto jurídico:** a integridade moral da criança ou adolescente.
- **Sujeito ativo:** por força da Lei nº 10.764/2003, será qualquer pessoa envolvida direta ou indiretamente com a prestação do serviço - o fotografo, o editor, o proprietário do meio de comunicação, o agenciador, o responsável pelo provedor da Internet, entre outros.
- **Sujeito passivo:** a criança e o adolescente.
- **Tipo objetivo:** apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, fotografias ou imagens com pornografia envolvendo criança ou adolescente.

T) 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.

U) 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.

V) 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.

W) EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2ª desta Lei, à prosti-

tuição 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 prostituição ou à exploração sexual.

4.5.2 CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE – 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 inciso 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 puerperal⁴⁰.

40 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 fiosiopsicológico, por qual se considera a influência do estado puerperal e não apenas

- **Observação:** para a caracterização do infanticídio, não basta que a mulher esteja sob a influência do estado puerperal, é indispensável o nexos 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.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do art. 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 arts. 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*

o critério psicológico (Pereira, 1996, p. 491).

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?

As discussões acerca da possibilidade de aborto terapêutico, **até a publicação do presente Manual**, encontram-se, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, processada perante o Supremo Tribunal Federal, em que estão sendo discutidos os princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade, para considerar a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como excludente de antijuridicidade, em detrimento das disposições do Código Penal.

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) Estupro - violência presumida:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

[...]

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

- **Observação:** a violência é presumida se a vítima possui idade inferior a 14 anos (art. 224, “a”), ou seja, ainda que haja consentimento da menina na relação, independentemente da existência de violência física fática, essa se presume.

Reitera-se, neste ponto, a problemática da ação penal privada nos crimes cometidos contra a criança ou o adolescente levantada na introdução deste tópico. O art. 225 do Código Penal impõe que os crimes contra a dignidade sexual (crimes contra os costumes) sejam processados por meio da ação penal privada, excetuando-se os casos em que 1) a vítima ou seus pais não possuírem recursos para arcar com as despesas do processo, havendo, no entanto, necessidade de prévia representação da vítima (art. 225, § 1º, inciso I, e § 2º); e 2) o crime tenha sido cometido com abuso do poder familiar, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador (art. 225, § 1º, inciso II).

Assim, uma leitura isolada das disposições do Código Penal pode levar o leitor à conclusão de que é vetado ao Ministério Público intervir em defesa da vítima de crime contra os costumes sempre que, o crime não ocorrido com abuso do poder familiar, a vítima não seja pobre ou, ainda, apesar de pobre, não tenha oferecido representação.

Admitir esse tipo de leitura significa conceder ao responsável pela vítima (criança ou adolescente) a faculdade de perseguir o *jus puniendi* estatal ou não, permitindo-se, nesse diapasão, que um crime contra a dignidade da criança e do adolescente, por medo, displicência ou pudor de seus pais, fique impune.

Muito embora tenha o legislador compreendido que, na ação penal privada, o pudor da vítima adulta prevaleça sobre o direito de punir do Estado, esse entendimento não encontra sustento no ordenamento jurídico quando a vítima é criança ou adolescente, uma vez que foi determinado pelo texto constitucional que “*a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*” (art. 227, § 4º).

Dessa forma, uma leitura integrada do Código Penal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, principalmente, da Constituição Federal, levará à conclusão de que todo e qualquer crime cometido contra a criança e o adolescente, mesmo os delitos referenciados no art. 225 do Código Penal, deverá ser processado pela Ação Penal Pública, independentemente de representação da vítima ou de seus representantes.

k) Atentado violento ao pudor - violência presumida:

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

[...]

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

- **Observação:** os comentários realizados no crime anterior –estupro, art. 213 – aqui se aplicam em sua integralidade.

l) Posse sexual mediante fraude – aumento de pena:

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de

14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

- **Observação:** o crime do art. 215 presume a inexistência de violência, por esse motivo, não se admite como vítima a menina menor de 14 anos de idade, cuja violência é presumida nos termos do art. 224, “a”, do Código Penal.

m) Atentado ao pudor mediante fraude – aumento da pena:

Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

- **Observação:** o crime do art. 216, assim como o do art. 215, presume a inexistência de violência, por esse motivo, não se admite como vítima a menina menor de 14 anos de idade, cuja violência é presumida nos termos do art. 224, “a”, do Código Penal.

n) Corrupção de menores [sic]:

Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

- **Observação:** Caso a vítima possua menos de 14 anos de idade, por ser presumida a violência nos termos do art. 224, “a”, do Código Penal, o delito será o de estupro (art. 213) ou atentado violento ao pudor (art. 214), conforme o caso.

o) Mediação para servir a lascívia de outrem – aumento da pena:

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

- **Observação:** considerando que o art. 232 determina a aplicação das disposições dos arts. 223 e 224, que disciplinam a questão da violência presumida e da ação penal privada, ao delito do art. 227, caso a vítima seja menor de 14 anos de idade, o agente responderá pelo delito de estupro ou atentado violento ao pudor, conforme o caso.

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 judi-

cialmente 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 - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - freqüente 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 comisseração 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, inciso 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 dada criança ou dado 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 infanto-juvenis, os comentários não se estenderão para além desses.

4.6.1 MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança encontra disciplina na Lei nº 1.533/1951, a qual, em seu art. 1º, autoriza sua concessão sempre que necessário *“proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém 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 exercça”*.

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta Política de 1934, teve sua abrangência significativamente ampliada pela Cons-

tuição 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 inciso 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 ressalvado 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, inciso 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 fundamental. O ensino fundamental é obrigatório e gratuito, constituindo-se em direito público subjetivo (art. 54, inciso I, e § 1º, ECA). 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. 18 da Lei nº 1.533/1951), 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 injunção*”⁴¹, instituto de origens no direito anglo-saxônico, cujas hipóteses de concessão encontram-se no inciso 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 Direita 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. 103⁴² da Constituição 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:

41 Mandado de Injunção.

42 “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 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”.

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 disciplinado⁴³.

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 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, inciso 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

43 Ainda estão à espera de disciplina legislativa, por exemplo, o inciso II do art. 153, que deixou a cargo de Lei Complementar a criação de imposto sobre grandes fortunas, e o inciso I do art. 7º, que assegura ao trabalhador urbano e rural a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária, nos termos de Lei Complementar. No campo da legislação ordinária, ainda é aguardada a criação de Lei que regulamente o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, inciso XXI), bem como a criação de Lei que discipline o direito de greve no serviço público (art. 37, inciso VII).

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/ago/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: 01/mar/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*” (inciso 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, inciso IX). Quando o Ministério Público interpõe qualquer um dos remédios constitucionais em prol da criança e do 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 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 inúmeras 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 cível 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, será neste Quinto Capítulo 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, e, assim, compreender a implicação desses “novos” direitos e o contexto de sua positivação nas Cartas Constitucionais.

O italiano 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).

Aqui há de se fazer a ressalva proposta por Paulo 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; coroamento 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 bem recepcionado por quase toda literatura política e jurídica.

A idéia 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 idéias 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 fundamentais 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 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 Weimar⁴⁴.

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.

44 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 descrever 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 Segunda 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 Assembléia 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).

Os direitos transindividuais (ou metaindividuais) são os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos e os direitos difusos, definidos na legislação brasileira, pela primeira vez, 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**;

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/fev/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 conseqüências 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 econô-

mica.

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 Paulo 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.

Antes disso, podemos dizer que 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 todo e 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, inciso 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 das Ações Cíveis Públicas, com a nova redação imposta pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, lista como legitimados o Ministério Público (art. 5º, inciso I), a Defensoria Pública (art. 5º, inciso II), os entes federativos (art. 5º, inciso III), as pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta (art. 5º, inciso IV) e as associações constituídas há, pelo menos, um ano, que tenham por finalidade institucional a proteção dos direitos coletivos e difusos (art. 5º, inciso 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, inciso I), aos entes federativos e territórios (art. 210, inciso II) e às associações constituídas há, pelo menos, um ano e que inclua entre seus fins institucionais a defesa dos direitos disciplinados

pelo Estatuto (art. 210, inciso 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).

Conflitos jurisprudenciais e doutrinários, no entanto, são apontados por Bordallo (2007, p. 688-9) ao tratar da legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneo⁴⁵. De acordo com o Autor, existem correntes, que não reconhecem a Instituição como legitimada a intervir judicialmente pelo direito individual disponível, ainda que homogêneo. Essa corrente pauta sua defesa na natureza divisível dos direitos individuais homogêneos, fato este que permitiria a busca da tutela jurisdicional pelo seu titular.

Todavia, não há qualquer impedimento legal à intervenção do

45 As contradições noticiadas pelo autor de fato existem na jurisprudência, o que se ilustra nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recursos Especiais, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“Ação Civil Pública. Agravo Regimental. Recurso Especial. Responsabilidade pelo pagamento de PIS/PASEP e COFINS. Ministério Público. Ilegitimidade ativa. Precedentes. I - **O Ministério Público não tem legitimidade** para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, **por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares.** II - Agravo Regimental improvido” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637744/RS. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 09/maio/2006).

“Processual Civil. Recurso Especial. Administrativo. Constitucional. Ação Cautelar Inominada. Legitimatío ad causam do parquet. Art. 127 da CF/88. Direito à saúde. 1. **O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.** 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. [...] 10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 817710/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17/maio/2007).

Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos. De fato, 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, inciso IV, alínea “a”).

A intervenção do *Parquet* em questão que de discute o direito de criança e adolescente, contudo, não causa maiores controvérsias. Primeiro, porque os direitos da criança e do adolescente são sempre indisponíveis e, segundo, porque a Lei nº 8.069/1990, no art. 210, inciso V, estabeleceu como competência do Ministério Público a promoção do da ação civil pública para a proteção dos interesses “individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência”.

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 ação⁴⁶, poderá o Ministério Público ou qualquer outro legitimado assumir a sua titularidade (art. 210, inciso III, ECA).

Contudo, questiona-se acerca da possibilidade de desistência da

46 As hipóteses de abandono da ação estão indicadas do Código de Processo Civil (art. 267, incisos 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”.

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 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 da Carta Magna – “*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, inciso 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 letra da lei, nem por analogia.

5.2.2 O INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil⁴⁷ surge, no ordenamento jurídico brasileiro, com a

47 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 art.s 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.

publicação da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, que autoriza

§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.

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.

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 órgãos 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.

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

§1º Encerrado o inquérito civil, o órgão de execução do Ministério Público poderá fazer recomendações aos órgãos ou entidades referidas no inciso 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 inciso VII do art. 82 desta Lei Complementar, delas requisitando também divulgação adequada e imediata.

suas funções (art. 221).

Em regra, o inquérito civil é público, admitindo-se sua forma sigilosa⁴⁸, 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 dele dispensado o membro do Ministério Público 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 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;

48 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).

3a) homologada decisão, seguem o inquérito e as peças para arquivo⁴⁹; e 3b) não havendo homologação, o Conselho designará representante para o ajuizamento da ação civil pública.

5.2.3 O TERMO 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 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 Lei⁵⁰.

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.

Ressalva-se que, no termo de ajustamento de conduta, não é

49 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).

50 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**.

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 inciso VIII, do art. 585 do Código de Processo Civil⁵¹.

Dessa forma, por ser título extrajudicial, deverá ser condicionado ao pagamento de multa em caso de descumprimento de suas cláusulas. Tal 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 da Lei nº 8.069/1990, ou seja, encami-

51 Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

nhando 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, inciso IV, do Estatuto. A **competência territorial**, entretanto, será determinada pelo local onde ocorrer o dano, (art. 2º, Lei nº 7.347/1985).

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 (artigo 216, ECA).

O artigo 216 da lei estatutária está de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva que assegura o direito de regresso, adotada pela Constituição Cidadã em seu artigo 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 a um fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente de cada município (artigo 214, ECA). Caso o município ainda não tenha regulamentado tal fundo, mesmo após os 18 anos de vigência do Estatuto, o dinheiro será depositado em estabelecimento bancário oficial, em conta com correção monetária (artigo 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 (artigo 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 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 artigo 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 artigo 4º, *in verbis*:

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 artigos 124 e 125, CP), na vedação da pena de morte (artigo 5º, inciso XLVII, CF) e na criminalização da prática de a eutanásia (enquadrado no delito do artigo 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 3510⁵² - ajuizada com pedido de exclusão do artigo 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

52 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2005. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgada improcedente pelo Tribunal do Pleno em 29/5/2008.

que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.

O Ministro Marco Aurélio, que igualmente acatou o voto do relator em sua integralidade, expôs que “*o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana*”.

Todavia, não obstante as discussões filosóficas e o direito, ou não, daquele que ainda não nasceu, 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 artigo 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 tranqüilidade 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).

Pois, 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 descente, 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 48,3‰, índice que alcançava impressionantes 74,3‰, quando avaliada a região Nordeste de maneira isolada (IBGE, 1996).

No entanto, já, em 2004, de acordo com o Ministério da Saúde (2006, p. 13), esses índices despencaram para 22,5‰, tendo sido registrado o menor índice na região Sul – 15,0‰, e o maior na região Nordeste, agora com 33,9‰.

Todavia, não obstante o significativo avanço, se comparado à década anterior, o Brasil encontra-se na 86ª 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, 2008).

Países vizinhos, como a Argentina e o Uruguai, apresentam, respectivamente, taxas de 13,87‰ e 11,66‰, índices reduzidos, se comparados ao Brasil, mas muito distante dos invejáveis 2,80‰, do Japão; 2,75‰, da Suécia; e impressionantes 2,30‰, de Singapura (CIA, 2008).

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 1986 e 1995, o IBGE (1996) elaborou o seguinte quadro:

Anos de estudo da mãe	Taxa de mortalidade infantil
Menos de 1 ano de estudo	93 ‰
De 1 a 3 anos de estudo	70 ‰
4 anos de estudo (antigo ensino primário)	42 ‰
De 5 a 8 anos de estudo (antigo ensino ginasial)	38 ‰
De 9 a 11 anos de estudo	28 ‰
12 ou mais anos de estudo	9 ‰

Para que ocorra a diminuição da taxa de mortalidade infantil, é imprescindível o investimento na saúde, no entanto, muito embora o painel de indicadores do Ministério da Saúde informe que, entre os anos 2000 e 2005, houve acréscimo em mais de 110% no orçamento destinado à saúde, sabe-se que a estrutura pública reservada ao atendimento da saúde nem de longe atende a todas as necessidades (Ministério da Saúde, 2006, p. 32).

Na realidade, apesar do acréscimo de 110% anunciado, o orçamento total do Sistema Único de Saúde, computando-se desde a vacina até o transplante de órgãos, é menor que R\$ 1,00/dia por habitante.

Um estudo da Organização Mundial da Saúde, de 2003, apurou que os recursos públicos *per capita*, ao ano, no Brasil, variam entre US\$ 125 e US\$ 150 dólares, o equivalente a R\$ 268,75 e R\$ 322,50, um dos menores valores do mundo. Países vizinhos, como Argentina e Uruguai, ostentam US\$ 362,00 e US\$ 304,00. Países europeus, por sua vez, apresentam como média o valor de US\$ 1,4 mil, despontando o Reino Unido e a Alemanha com US\$ 2.506,00 e US\$ 2.081,00, respectivamente.

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, inciso I, CF); o atendimento integral, com prioridade

para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, inciso II, CF); e a participação da comunidade (art. 198, inciso 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 da Carta Magna, *in verbis*:

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 a 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 e/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).

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 (2006, p. 20) recolhidos no sistema de informações de mortalidade e de nascidos vivos, revelam os números de mortes maternas por 100 mil nascidos vivos abaixo indicados:

Região	2000	2001	2002	2003	2004
Norte	62,26	49,77	53,12	57,17	53,10
Nordeste	57,66	57,42	61,42	62,89	63,79
Sudeste	48,38	44,37	46,44	42,25	44,36
Sul	53,44	52,65	57,58	51,58	59,02
Centro-Oeste	39,11	54,06	60,74	53,55	62,12
Brasil (total)	52,36	50,65	54,19	52,14	54,37

As causas diretas dessas mortes, distribuídas de acordo com a raça/cor da parturiente, ainda conforme dados do Ministério da Saúde

(2006, p. 21), revelam os seguintes índices:

Causas	Branca	Negra	Parda
Eclampsia	13,14%	23,28%	20,64%
Pré-eclampsia	9,28%	12,07%	3,01%
Hemorragia pós-parto	9,02%	6,03%	8,02%
Infecção puerperal	8,25%	5,17%	7,21%
Anomalias da contração uterina	6,96%	1,72%	3,01%
Descolamento prematuro da placenta	6,19%	9,48%	5,21%
Abortos	7,62%	14,19%	11,04%

Outro grave problema com complicações sociais é a gravidez ainda na adolescência. Em 2003, 22% dos partos ocorridos no Brasil - o que significa, aproximadamente, 668 mil partos – foram de meninas com idade entre 10 e 19 anos, destes, 28 mil foram de meninas na faixa etária de 10 a 14 anos (Ministério da Saúde, 2006, p. 19).

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 da gravidez e problemas de 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 que entre gestantes adultas. A incidência de recém-nascidos de mães adolescentes com baixo peso é igualmente duas vezes maior que em recém-nascidos 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, seja na escola, seja nos lares.

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 pú-

blico, as instituições e os empregadores deverão proporcionar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães presas (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 inciso L 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 e esse tipo de alimentação lhe deve ser garantida em respeito ao direito fundamental à saúde.

Todavia, muito embora tenham sido desenvolvidas algumas campanhas em prol da amamentação desde a década de 80, de acordo com os dados mais recentes do Ministério da Saúde, em 1999, apenas 9,7% das crianças com até seis meses de idade (idade recomendável) alimen-

tavam-se exclusivamente de leite materno (Unicef, 2008, p. 20).

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 inciso 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 inciso I importa no tipo penal previsto no art. 228 da Lei nº 8.069/1990:

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 inciso II, evita as trocas acidentais de crianças, e os exames indicados no inciso III – vulgo “teste do pezinho” - permitem o diagnóstico de doenças congênitas tratáveis.

A desobediência aos incisos 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 inciso 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 11.108/05 alterou a Lei 8.080/90 incluindo nela o artigo 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 O TESTE DO PEZINHO

A Lei nº 8.069/1990 obrigou aos hospitais e aos estabelecimentos médicos, sejam eles públicos ou particulares, proceder a exames “*visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido*”.

Esses exames referenciados na Lei consistem em programa de triagem neonatal – mais conhecido como “Teste do Pezinho”, devido ao local da punção para coleta do sangue ser o calcanhar do bebê.

O exame tem forma bastante simples de coleta: é realizada a punção no calcanhar do recém-nascido para a extração de algumas gotas do san-

que que são absorvidas em um papel especial para análise de hormônios, substâncias químicas e hemoglobina (Marton da Silva, 2003, p. 64).

O exame permite o diagnóstico de quinze doenças congênitas – *fenilcetonúria, hipotireoidismo congênito, anemia falciforme e outras hemoglobinopatias, hiperplasia adrenal congênita, fibrose cística, galactosemia, deficiência de biotinidase, deficiência de glicose-6-fosfato desidrogenase, toxoplasmose congênita, sífilis congênita, citomegalovirose congênita, doença de chagas congênita, rubéola congênita, sida congênita e deficiência de mcad* - em boa parte tratável se precocemente diagnosticada.⁵³

Entretanto, apesar do extenso rol de doenças diagnosticáveis, para que haja uma prevenção efetiva é necessária que o exame seja realizado nas primeiras 48 horas de vida do bebê. As coletas deverão ocorrer sempre antes da alta hospitalar, e, uma semana após a primeira coleta, deverá o bebê ser levado à Unidade Básica de Saúde mais próxima para a repetição do exame (Marton da Silva, 2003, p. 62).

Marton da Silva (2003, p. 62), em pesquisa realizada pela Universidade Federal do Paraná, apurou que, infelizmente, é muito comum que esse segundo exame não seja realizado, ou por desinformação de profissionais da saúde e dos pais, ou por simples medo dos pais (de que a criança sinta dor), de acordo com a Autora:

Existem pessoas que acreditam ser o Teste do Pezinho o “carimbo” do pé do bebê, a impressão plantar e, se o Hospital/Maternidade libera as mães sem realizar a coleta, elas acabam acreditando que seus filhos já fizeram o teste.

Temos conhecimento de casos que se confirmaram positivos já no exame realizado em coleta na alta precoce e que a mãe não procurou a Unidade de Saúde para repetição; assim como casos de mães que não coletaram na alta hospitalar e que só procuraram a Unidade de Saúde para primeira coleta quando o bebê já constava mais idade, implicando no risco de já

53 Tendo em vista o papel que o Promotor de Justiça pode desempenhar ao apurar o cumprimento da Lei e exigir que o poder público realize em todas as crianças o teste do pezinho, algumas informações básicas sobre cada uma das doenças aqui citadas podem ser encontradas na parte final deste Manual, como anexo.

haver se instalado a seqüela, retardo mental ou outra complicação. (Marton da Silva, 2003, p. 62).

As crianças portadoras das enfermidades diagnosticáveis com o “Teste do Pezinho” nascem normais e desenvolvem-se normalmente até o quarto ou quinto mês. Todavia, a seqüela instala-se antes mesmo de completos um mês de vida. Dessa forma, a única maneira de prevenir é realizando-se o exame em tempo hábil, para que, caso apresente positividade para o diagnóstico, inicie o tratamento precocemente (Marton da Silva, 2003, p. 63).

Por fim, recorda-se que a realização do exame (ao menos do primeiro) é de responsabilidade do médico, do enfermeiro e do dirigente pelo estabelecimento, que responderão penalmente – delito do artigo 229 da Lei nº 8.069/1990 – pela sua não-realização.

5.4.5 A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Seguindo o princípio da prioridade absoluta, nos moldes do que trilha o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é assegurada à saúde da criança e do adolescente primazia em relação aos demais setores da saúde pública.

Recorda-se que o parágrafo único do artigo 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:

Em uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde (2006, p. 11), apurou-se que a média de consultas anuais *per capita*, no Brasil, é de 2,4, número que sobe para 3,4, se consideradas apenas as crianças e os adolescentes, e, para 4,0, se analisada apenas a população com idade superior a 64 anos.

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” (artigo 11, ECA).

Dessa forma, por ser assegurado o atendimento “integral” a 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 assegurando o atendimento médico”, prevista anteriormente pelo *caput* do artigo 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 artigo 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”*.

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 artigo 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente fez expressa menção à necessidade de se promover programas de atendimento odontológico da população infanto-juvenil.

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 (artigo 12).

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 artigo 12, inciso 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.

Conforme já foi citado (item 5.4.3), também a Lei nº 11.108/05 deixou claro o direito.

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 artigo 201, inciso IX, do Estatuto.

E) AS DOENÇAS CRÔNICAS:

Algumas doenças necessitam de tratamento contínuo, por toda a vida do paciente ou por um longo prazo, sendo o caso dos doentes renais, dos transplantados, dos soropositivos, dos 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 (Rodrigues 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 (artigo 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*” (artigo 227, § 1º, inciso II, CF).

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 o Promotor de Justiça, sempre que possível, expedir tais recomendações com vista à criação ou ampliação dos programas voltados à conscientização da família.

5.4.6 O SISTEMA PREVENTIVO E AS CAMPANHAS DE VACINAÇÃO.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em pesquisa nacional sobre a demografia e saúde, realizada no ano de 1996, elaborou o quadro abaixo com a proporção de mães com cartão de vacinação e filhos, estes com idade compreendida entre 12 e 23 meses, que receberam doses de vacina nas regiões Nordeste e Sudeste, por tipo de vacina, segundo a situação do domicílio.

Região e situação do domicílio	Proporção				
	Mães com cartão de vacinação	Crianças de 12 a 23 meses que receberam doses de vacina			
		BCG	Tríplice (3 doses)	Pólio (3 doses)	Sarampo
Total	78,9%	92,6%	80,8%	80,7%	87,2%
Regiões					
Nordeste	75,4%	84,3%	68,7%	71,9%	60,7%
Sul	80,0%	99,0%	85,0%	87,0%	77,0%
Situação do domicílio					
Urbana	79,2%	95,1%	84,3%	84,3%	90,2
Rural	77,8%	84,2%	68,0%	68,0%	76,5

Ainda pelo estudo, observou-se que, quanto maior o nível de escolaridade da mãe, maiores são as chances de a criança ter recebido corretamente todas suas vacinas, veja-se:

Anos de estudo da mãe	Crianças com idade entre 12 e 23 meses e com vacinação completa
Menos de 1 ano de estudo	46,9%
De 1 a 3 anos de estudo	64,8%
4 anos de estudo (antigo ensino primário)	75,6%
De 5 a 8 anos de estudo (antigo ensino ginásial)	79,8%
De 9 a 11 anos de estudo	79,8%
12 ou mais anos de estudo	82,3%

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 incisos 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 lingüísticas, 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”.

O inglês John Stuart Mill, já, em 1859, entendia que *“a única Liberdade digna deste nome é a de perseguir o bem à nossa própria maneira”*. Para o filósofo e economista, 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, *ibidem*).

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 idéias 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, discorrendo, em seus incisos, 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, inciso 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 consti-

tucional 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 Rodrigues Amin (2007, p. 43), a liberdade de locomoção do adolescente e, ainda mais, 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” (Rodrigues Amin, 2007, p. 43).

Ciente dessa condição peculiar, o legislador, no inciso 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.

As restrições encontram-se no próprio Estatuto:

- 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. 175, 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).

Sabe-se que, por vezes, é comum a expedição de portarias proibindo o trânsito e a permanência de crianças e adolescentes nas ruas

depois de determinado horário. Por mais que se entenda o fim a que se destinam tais atos, discorda-se do método utilizado. Nesses casos são os pais ou o responsável quem têm o dever de vigilância e educação sobre os filhos de modo a evitar a edição de portarias invadindo direitos das supostas vítimas.

5.5.2 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 necessário, 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 para a criança e para o adolescente, sendo dispensada apenas quanto esses estiverem acompanhados de ambos os pais ou responsável (art. 84, inciso I, ECA), ou viajarem na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro mediante documento com firma reconhecida (art. 84, inciso II, ECA).

5.5.3 O DIREITO À OPINIÃO E À EXPRESSÃO

Conforme determina o art. 5º, inciso IX, da Carta Cidadã, 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 substituta, sempre que possível, deverão estes ser previamente ouvidos, e a sua opinião devidamente considerada (art. 28, § 1º, ECA);

- no procedimento de destituição de guarda, é obrigatória, sempre que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente (art. 161, § 2º, 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, inciso V, ECA); e

- ao adolescente privado de liberdade é conferido o direito de: entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público (art. 124, inciso I, ECA); peticionar diretamente a qualquer autoridade (art. 124, inciso II, ECA); corresponder-se com seus familiares e amigos (art. 124, inciso 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 infanto-juvenil.

5.5.4 O DIREITO À CRENÇA E RELIGIÃO

A Constituição Federal em vigor 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, inciso 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, sua matrícula deverá ser 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, inciso XII, ECA). Não obstante, destaca-se que a assistência religiosa é um direito do adolescente internado, não sendo, portanto, obrigatória (art. 124, inciso 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.

O filósofo Immanuel Kant, o primeiro teórico a trabalhar com a idéia 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).

Rodrigues 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 ao 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*”.

A Carta Cidadã lista, ao longo dos incisos 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, inciso I, CF);

- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, inciso II, CF);

- pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206, inciso III, CF);

- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, inciso 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, inciso V, CF);

- gestão democrática do ensino público, na forma da lei (art. 206, inciso VI, CF);

- garantia de padrão de qualidade (art. 206, inciso VII, CF); e

- piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (art. 206, inciso 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 frequência 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. De acordo com a Unesco, estima-se que 13,6 milhões de adultos brasileiros sejam analfabetos, valores que, se reduzidos à população jovem (idade compreendida entre 15 e 24 anos) representam mais de um milhão de 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 mais recentes do Sistema de Avaliação da Educa-

ção 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).

Os resultados foram ainda mais graves na avaliação das últimas séries do ensino fundamental e do ensino médio. No Programa Internacional de Avaliação dos Alunos (PISA)⁵⁴, o Brasil se viu ocupando as últimas posições tanto na avaliação de 2000 quanto na de 2003 (Unesco).

Ainda que, nos últimos anos, tenha o Brasil progredido, em especial no quesito da universalização do ensino fundamental obrigatório, ainda são muitas as deficiências do sistema de ensino.

As notas alcançadas no Pisa refletem a baixa qualidade do sistema de ensino brasileiro, que não tem demonstrado ser capaz de transmitir conhecimento, desenvolver senso crítico e capacitar cidadãos.

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 (artigo 53, inciso I).

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 (artigo 124, inciso XI, ECA).

Igualmente, a criança e o adolescente deficientes serão atendidos, preferencialmente, pela rede regular de ensino (artigo 54, inciso III, ECA), sendo-lhes, todavia, garantida educação especial adaptada às suas necessidades (artigo 58, LDB).

54 O PISA é um programa internacional de avaliação comparada, cuja principal finalidade é produzir indicadores sobre a efetividade dos sistemas educacionais, avaliando o desempenho de alunos na faixa dos 15 anos (idade em que se pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países). O programa é desenvolvido e coordenado internacionalmente pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no Brasil, a coordenação regional ficou a cargo do INEP– Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

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.

Além dos critérios socioeconômicos, em um estudo promovido pela Unesco, ficou evidenciada a correlação da origem étnica da criança ou do adolescente e as suas possibilidades educacionais:

Em 2003, embora 60% dos estudantes brancos entre 15 e 17 anos estivessem matriculados no ensino médio, o índice correspondente à população afro-descendente era de apenas 32%. Uma outra questão relevante é a distorção relativa à razão idade / série. Para a mesma faixa etária, em 2001, a taxa de matrícula líquida relativa ao ensino médio foi de 51% para a população branca e de 25% para a população afro-descendente.

O Brasil atingiu resultados significativos com relação à educação dos povos indígenas, que, entretanto, continua como prioridade a ser atendida. Entre as 148.000 crianças e alunos computados em 2004, 78,7% estavam matriculados no ensino fundamental, e apenas 2,9% no ensino médio. (Unesco)

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 recente reinclusão das disciplinas de filosofia e sociologia na grade de disciplinas obrigatórias do currículo do ensino médio – que

havia 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 artigo 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 (Idem, *ibidem*).

Muito embora a questão tenha se direcionado às disciplinas de filosofia e sociologia, a falta de professores é realidade em todas as disciplinas. Já, em 2004, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas (Inep) havia divulgado que faltavam professores na sala de aula.

Os dados apontavam para o fato de que, naquela época, seriam necessários 254 mil professores para suprir as turmas do segundo ciclo do ensino fundamental. Considerando também o ensino médio, o déficit alcançava, alarmantes, 771 mil professores na rede pública (Sayad, 2005).

5.7.2 AS CONDIÇÕES DE ACESSO E A 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 (artigo 53, inciso I), suplementando-as, no ensino fundamental, pelo fornecimento de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde (artigo 54, inciso VII).

Antes mesmo de o Estatuto ser criado, a Constituição Federal já havia determinado, no inciso VII do seu artigo 208, o “*atendimento ao*

educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, 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 necessitarem.

São condições inegáveis de permanência:

H) O MATERIAL DIDÁTICO E ESCOLAR:

Vários dispositivos legais determinam que haja fornecimento do material didático e escolar, sempre por meio de programas suplementares, aos estudantes do ensino fundamental: art. 208, inciso VII, da Constituição Federal; art. 54, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inciso VIII, da Lei de Diretrizes e Base da Educação.

Atualmente, o programa de fornecimento de livro – Programa Nacional do Livro Didático – encontra-se disciplinado na Resolução nº 03, de 14 de janeiro de 2008, do Ministério da Educação, por meio da qual resolve *ad referendum*:

Art. 1º Prover as escolas de **ensino fundamental público**, regular e especial, das **redes federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal**, bem como as **escolas privadas de educação especial**, nas categorias **comunitária e filantrópica**, mantidas por sindicato laboral ou patronal, associação, organização não governamental, nacional ou internacional, APAE e Associação Pestalozzi, definidas no Censo Escolar, que prestem atendimento aos alunos com necessidades educacionais especiais, com o fornecimento de:

I – livros didáticos de qualidade, abrangendo os componentes curriculares de Alfabetização Lingüística e Alfabetização Matemática, Língua Portuguesa, Matemática, Ciências, História, Geografia, Língua Estrangeira e dicionário da Língua Portuguesa;

II – **obras pedagógicas complementares aos**

livros didáticos e materiais didáticos adequados aos alunos do ensino fundamental, abrangendo as áreas do conhecimento de Ciências da Natureza e Matemática, Ciências Humanas e Linguagem e Códigos.

Dessa forma, o Ministério da Educação distribui tanto os livros didáticos que abrangem 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 atendimento abarca as nove séries do ensino fundamental, e sua execução ocorre na forma do artigo 5º da Resolução:

I – distribuição anual, de forma integral, de livros consumíveis ao alunado do 1º e 2º ano do ensino fundamental; II – distribuição trienal, de forma integral, de livros não-consumíveis ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental; III – complementação anual, de forma parcial, ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental, de livros não-consumíveis para cobrir eventuais acréscimos de matrícula; e IV – reposição anual, de forma parcial, ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental, de livros não-consumíveis para substituir aqueles porventura danificados ou não devolvidos ao final do período letivo.

Os livros relativos à educação de ensino médio, por sua vez, apesar de não previstos expressamente na Lei, desde 2004, em razão da Portaria do Ministério da Educação nº 2.922/ 2003 – que instituiu o Programa Nacional do Livro do Ensino Médio –, são distribuídos aos estudantes de escolas das redes públicas estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Outrossim, pela Portaria acima, não apenas os livros didáticos devem ser distribuídos mas também outros materiais didáticos de qualidade, para uso dos alunos e dos professores, abrangendo os componentes curriculares das três respectivas séries.

O Programa Nacional do Livro Didático vem sendo, de fato, exe-

cutado. Apenas em Santa Catarina, segundo dados divulgados na página eletrônica do Ministério da Educação, foram distribuídos 8.179.615 livros didáticos ao ensino fundamental e 906.519, ao ensino médio, entre os anos de 2001 e 2006.

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.

I) O TRANSPORTE ESCOLAR:

Assim como ocorre com o fornecimento do material didático e escolar, alguns dispositivos legais determinam que seja garantido o transporte escolar aos estudantes do ensino fundamental: art. 208, inciso VII, da Constituição Federal; art. 54, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inciso VIII, da Lei de Diretrizes e Base da Educação.

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 atendimento a essas normas, o Ministério da Educação, de acordo com dados publicados em sua página eletrônica, durante os anos de 2001 a 2006, estendeu o benefício do transporte escolar a um total de 220.442 de estudantes em Santa Catarina.

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.

No início deste ano, veio à mídia o adolescente Ricardo Oliveira, portador de uma doença neurológica que atrofia a medula espinhal e causa fraqueza nos músculos, condecorado com a segunda medalha de ouro nas Olimpíadas Brasileiras de Matemática das Escolas Públicas. O garoto, filho de modestos agricultores do interior do Ceará, alfabetizado pela mãe, conseguiu se matricular na escola apenas aos 17 anos de idade, e ainda assim, por que um professor se dispôs a vir a sua casa uma vez por semana. Para realizar provas, precisa se deslocar por uma estrada de barro, cheia de buracos e, como a cadeira de rodas não suporta, é levado por seu pai em um carrinho de mão.

O Promotor de Justiça deve estar atento, também, à questão da segurança no transporte escolar. A Lei nº 9.503/97, 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.

J) A MERENDA ESCOLAR:

O direito à merenda escolar é disciplinado por vários dispositivos: art. 208, inciso VII, da Constituição Federal; art. 54, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inciso 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 muita 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, inciso I, ECA).

A questão dos programas de alimentação escolar é bastante ampla e, atualmente, diversos Projetos de Lei visando à ampliação do direito à merenda tramitam pelas Casas do Congresso Nacional.

É o caso do Projeto-Lei nº 4627/2004, que obriga a manutenção do Programa de Alimentação Escolar mesmo durante o período de férias escolares, e do Projeto-Lei nº 2.877/2008, que almeja estender a merenda escolar aos estudantes do ensino médio e dar prioridade aos

produtos da agricultura familiar e sustentável.

Outrossim, no Rio de Janeiro, um interessante Projeto de Lei Estadual pretende assegurar o fornecimento de merenda específica aos alunos com diabetes da rede fluminense de ensino. Ele se deu face às reclamações de alunos diabéticos, suas famílias e das escolas, que relatavam que alguns estudantes deixavam de se alimentar por não encontrar na merenda alimento adequado às suas necessidades nutricionais.

Entretanto, não basta a boa vontade da lei, 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.

K) 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.

O Projeto de Lei nº 2728/2007, atualmente em análise, na Câmara, busca instituir a obrigatoriedade do uso de uniformes nas escolas públicas de educação básica, devendo, para tanto, o poder público distribuir durante todo ano letivo, gratuitamente, dois conjuntos completos de uniformes para cada aluno, incluindo calçado.

Segundo dados da Secretaria de Estado da Educação, em Santa Catarina, foram distribuídos no ano de 2008 uniformes a cerca de 450 mil estudantes do ensino fundamental da rede pública de ensino. Os *kits* de uniforme são compostos por dois conjuntos: um de inverno, que consiste em dois pares de meias, um agasalho completo, duas camisetas de manga curta e um par de tênis; outro de verão, a ser distribuído, até setembro, com mais uma camiseta, uma bermuda e um par de chinelos de dedo (Secretaria de Estado da Educação, 2008).

L) 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, quais sejam: 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, por exemplo, 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 Projeto “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 Catarina⁵⁵.

M) A ESCOLA PÚBLICA PRÓXIMA A RESIDÊNCIA:

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina, em seu art. 53, inciso V, que deverá ser garantido o acesso à escola pública próximo à residência da criança e do adolescente.

A determinação estatutária é importante porque evita transtornos e gastos com o deslocamento casa/escola. Contudo, sua eficácia está condicionada ao bom desempenho, por parte do poder público, em fornecer o número de vagas adequado à demanda local, fato que, muitas vezes, não é observado.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=2131> Acesso em: 4/ago/2008.

N) 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 O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO

O ensino fundamental – obrigatório nos termos do artigo 207, inciso I, da Constituição Federal - sofreu recente modificação com a publicação da Lei nº 11.274/2006, que alterou sua duração de oito para nove anos, iniciando-se aos seis anos de idade (artigo 32, *caput*, LDB).

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente vaga no ensino fundamental, obrigatório e gratuito (artigo 54, inciso I, ECA), determinando-lhe como direito público subjetivo (artigo 54, § 1º, ECA).

Diante dessas prerrogativas, ao poder público é imposta a obrigação de garantir vagas em número suficiente para todos, por todo o período letivo, cumprindo a carga horária mínima e o conteúdo programático exigidos por lei.

Se de um lado a Administração Pública ficou incumbida de garantir o acesso aos bancos escolares, de outro, os pais e o responsável pela criança e pelo adolescente deverão providenciar sua matrícula, sob pena de caracterização do crime de abandono intelectual, nos termos

do artigo 246⁵⁶ do Código Penal.

As diretrizes e os objetivos do ensino fundamental encontram-se descritos no artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), com as alterações da Lei nº 11.274/2006, *in verbis*:

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 (artigo 32, § 3º, LDB).

O ensino fundamental será presencial, permitida a modalidade de ensino a distância apenas como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais, como a educação de jovens e adultos (artigo 32, § 4º, LDB).

Por fim, em obediência à determinação do artigo 32, § 5º, LDB, o currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz

56 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.

o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual deverá ser impresso e distribuído na qualidade de material didático.

5.7.4 O ENSINO MÉDIO E A EXTENSÃO DE SUA OBRIGATORIEDADE

Ao contrário do ensino fundamental - obrigatório e gratuito por lei -, ao ensino médio o constituinte e o legislador estatutário determinou apenas a sua “progressiva extensão de obrigatoriedade e gratuidade” (art. 208, inciso II, CF e art. 54, inciso II, ECA).

Assim, pela leitura da letra da Lei, o poder público não estaria vinculado ao fornecimento de vagas relativas ao ensino médio em número suficiente ao atendimento de todos que por ela pleiteassem.

Não obstante, Rodrigues Amim (2007, p. 51-2) apresenta uma interessante teoria contrária à leitura precipitada da Lei, quando a educação emergiu à categoria de direito fundamental, passou a compor o conjunto de direitos que “*asseguram a sobrevivência e a formação digna do ser humano*”, sendo, portanto, um direito universal.

Dessa forma, segundo a Autora, a Constituição Federal apenas priorizou o ensino fundamental, direcionando-lhe o foco da Administração Pública, sentido que não se confunde com a obrigação de o Estado de garantir o acesso a todos, até mesmo porque o ensino médio compõe etapa da educação básica. Nesse diapasão, por ser a educação direito fundamental - e não apenas a educação restringida ao ensino fundamental -, deverá, sim, o Estado garantir o acesso ao ensino médio a todos (Rodrigues Amin, 2007, p. 52).

Não obstante ainda não se reconheça o ensino médio como obrigatório, dados da Unesco apontam progressiva melhora nesse aspecto. Em 2005, foram matriculados no ensino médio, aproximadamente, 9 milhões de estudantes, desses 7,9 milhões, o equivalente a 87,8%, no setor público; 43,3% destes (3,9 milhões), no turno da noite.

O Exame Nacional do Ensino Médio (Enem)⁵⁷ confirma tal me-

57 O Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM - foi criado pelo Ministério da Educação e Cultura no ano de 1998, consiste em instrumento de avaliação dos estudantes de escolas do ensino médio das escolas públicas e particulares. O exame é individual e voluntário,

hora. Em 2007, houve uma melhora correspondente a 40% nas provas objetivas com relação aos resultados obtidos em 2006, além de 9% na prova de redação.

Se de um lado a melhora deve ser comemorada, de outro é de se lamentar que os resultados confirmem a desigualdade do ensino oferecido pelas escolas públicas e privadas. Ainda com relação à prova de 2007, no *ranking* das vinte escolas com maior pontuação, quinze são privadas, e as outras cinco, apesar de públicas, encontram-se ligadas a Universidades ou Centros Federais de Educação Tecnológica.

Em Santa Catarina⁵⁸, enquanto a pontuação dos estudantes das escolas públicas girava em 35,91, na prova objetiva, e 53,29, na redação, os estudantes das escolas particulares alcançaram 48,98 e 60,86, respectivamente.

O ensino médio tem suas diretrizes básicas traçadas pelo artigo 35 da Lei nº 9.394/1996, 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 (inciso I);
- 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 (inciso II);
- o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico (inciso III); e
- a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina (inciso IV).

consistindo em duas provas – uma objetiva e outra de redação. A partir dos resultados do Enem, o estudante pode avaliar o seu desempenho pessoal, e o poder público definir mais adequadamente as políticas públicas educacionais.

58 Os resultados dos demais Estados ou por Municípios poderão ser obtidos no site do Enem. Disponível em: < http://www.enem.inep.gov.br/arquivos/tabelas_Enem2006-1.pdf> Acesso em 30/jul/2008.

O currículo do ensino médio também está pautado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, mais precisamente pelos incisos e parágrafos do art. 36, *in verbis*:

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).

Por fim, o diploma expedido em razão da conclusão do ensino médio terá equivalência legal e habilitará o estudante ao prosseguimento dos estudos em nível superior (art. 36, § 3º, LDB).

5.7.5 A EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA E PROFISSIONALIZANTE

Uma das grandes prioridades do País tem sido, por meio da edu-

cação, 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 LDB os artigos 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 (artigo 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, artigo 36-A, LDB).

A **educação técnica** de nível médio poderá ser articulada concomitantemente com o ensino médio (artigo 36-B, inciso I, LDB) ou ser a ele subsequente, em cursos destinados a estudantes que o houverem concluído (artigo 36-B, inciso 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 (artigo 36-B, p. único, inciso I, LDB) e as normas complementares dos respectivos sistemas de ensino (artigo 36-B, p. único, inciso 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 (artigo 36-C, inciso I, LDB) ou concomitante aos que já ingressaram no ensino médio ou já o estejam cursando (artigo 36-C, inciso 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 (artigo 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 (artigo 36-D, p. único, LDB).

De acordo com dados da Unesco, em 2005, foram registrados 707.300 estudantes matriculados em escolas técnicas de nível médio (7,86% do total de alunos do ensino médio), no entanto, com a modificação da LDB, há expectativas de significativa elevação nesse número.

5.7.6 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 (artigo 29, LDB).

Ressalva-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, de 19 de dezembro de 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 – “pontes” 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, o da criança está apto 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, realizada pelo Banco

Mundial em 2002, em comunidades populares, no Rio de Janeiro, 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 (artigo 30, inciso I, LDB), e, em pré-escolas, para as crianças com quatro e cinco anos (artigo 30, inciso II, LDB c/c artigo 1º, EC nº 53/2006).

Não obstante os benefícios promovidos pela educação infantil no desenvolvimento da criança, a sua conclusão não constitui requisito para o acesso ao ensino fundamental (artigo 31, LDB), tal como ocorre com o ensino fundamental em relação ao ensino médio. Isso por dois motivos: primeiro, por ser o ensino fundamental obrigatório, motivo pelo qual não se podem criar obstáculos à sua matrícula e ao seu acompanhamento; e, segundo, porque o poder público nem sempre tem se mostrado capaz de oferecer o número de vagas suficientes para o atendimento de todas as crianças.

De acordo com tabela desenvolvida pela Unicef (2008, p. 37), em 2006, apenas 15,5% das crianças com idade não superior a três anos e 76% das com idade entre quatro e seis anos, no Brasil, tinham acesso à educação infantil:

Regiões	Crianças matriculadas em creches ou pré-escola	
	Idade entre 0 a 3 anos	Idade entre 4 a 6 anos
Centro-Oeste	11,5%	67,0%
Nordeste	13,3%	80,4%
Norte	8,0%	64,2%
Sudeste	19,2%	80,9%
Sul	18,3%	66,4%
Brasil	15,5%	76,0%

Contudo, apesar de o direito à educação ainda não ser garantido a todas as crianças, de 2001 a 2006, o índice de crianças com acesso à educação em pré-escolas (para as com idade entre quatro e seis anos) elevou-se de 65,6% para 76%, ou seja, no curto intervalo de cinco anos ultrapassaram-se mais de dez pontos percentuais.

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, IV, do Estatuto.

Outra demanda bastante comum ocorre em função do fechamento das creches nos meses de férias escolares. Sabe-se que os pais não deixam de trabalhar entre os meses de dezembro e fevereiro, nem em julho. Dessa forma, por entender que a formação educacional da criança é contínua, é dever do poder público manter as creches abertas nesses períodos, até mesmo para não inviabilizar o trabalho dos pais ou responsáveis.

5.7.7 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 (artigo 208, inciso 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 artigo 54, inciso VI, *in verbis*:

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

[...]

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador.

Poderá freqüentar a grade noturna, em princípio, os estudantes que tenham alcançado a idade mínima para o trabalho, qual seja, 16 anos, nos moldes do inciso XXXIII, artigo 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 (Rodrigues 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 adoles-

cente (Idem, ibidem). 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 do 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 controversa na doutrina jurídica e, principalmente, na literatura 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”* (Idem, ibidem).

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 (Idem, ibidem).

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 na modalidade mais adequada ao caso.

5.7.8 O PROCESSO EDUCACIONAL

Bem disse o filósofo Immanuel 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.

Já, no 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”* (artigo 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”* (artigo 58, ECA).

Nesse diapasão, pela leitura conjunta dos dois dispositivos acima transcritos, 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 Whitaker⁵⁹.

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 dispôs 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 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 artigo 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.

5.7.9 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 determi-

⁵⁹ 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).

nou-lhes assegurar o direito à cultura e ao lazer.

O Estatuto da Criança e o 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 artigo 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

Justiça⁶⁰.

A Classificação Indicativa possui natureza informativa e pedagógica, devendo ser exercida de forma democrática de modo objetivo (artigo 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 artigo 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 exhibições ou apresentações públicas ou abertas ao público*” (artigo 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:

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.

O parágrafo único do artigo 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.

60 Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/classificacao>> Acesso em 04/ago/2008.

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 infante 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 Justiça⁶¹.

O anúncio de programa sem a indicação dos limites de idade a que se recomendam importa na infração administrativa indicada no artigo 253, já, a exibição de programa em horário considerado inadequado pelo Ministério de Justiça, acarreta a infração administrativa do artigo 254, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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 ou DVD para a criança ou o adolescente em desacordo com a classificação etária que lhe foi atribuída, importa no cometimento da infração administrativa prevista no artigo 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

61 Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/classificacao>> Acesso em 19/nov/2008.

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 artigo 78 implica a infração administrativa descrita no artigo 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 artigo 79 – publicar ilustração, fotografia, legenda, crônica ou anúncios em material destinado ao público infanto-juvenil, com conteúdo impróprio - importa na infração administrativa indicada pelo artigo 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres 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 artigo 80, independentemente se acompa-

nhadas ou não de seus pais, importa na infração administrativa descrita no artigo 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 vetado ao menor de 18 anos o trabalho noturno, perigoso ou insalubre (artigo 7º, inciso 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 (artigo 69, ECA).

Buscando materializar esse direito, o Estatuto previu duas figuras: a aprendizagem e a formação técnico-profissional (artigo 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 (artigo 428, § 1º, CLT). Já a educação técnico-profissional, por sua vez, é aquela indicada no artigo 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 desenvolvi-*

mento do adolescente; III - horário especial para o exercício das atividades” (artigo 63, ECA). Ao trabalho aprendiz, por sua vez, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários (artigo 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 (artigo 68, § 1º, ECA).

O contrato de aprendizagem é disciplinado pelos artigos 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 (artigo 68, § 2º, ECA).

As disposições concernentes ao trabalho do adolescente encontram disciplina na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), nos artigos 402 a 441, sob o título “*Da proteção ao trabalho do menor*”, devendo, contudo, seus dispositivos ser interpretados à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Algumas disposições da CLT merecem destaque. O artigo 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 ad-

mitidas se autorizadas pela autoridade judiciária da Vara da Infância e da Juventude (artigo 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 (artigo 427, CLT).

O empregado adolescente que ainda estudar, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares (artigo 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, por meio das longas jornadas de trabalho e das 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 frequentar 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.

5.9 AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Ministério Público, por força do artigo 129, inciso IV, da Constituição Federal, é pessoa legítima para propor 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 incisos do artigo 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 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”.

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 (artigo 83, inciso 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 Assembléia 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 Assembléia 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” (artigo 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 Inconstitucionalida-

de: 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 (artigo 3º, Lei nº 9.868/1999).

Uma vez proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade não será admitida sua desistência (artigo 5º, Lei nº 9.868/1999), além de não ser admitida a intervenção de terceiros ao longo do processo (artigo 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 (artigo 8º, Lei nº 9.868/1999, artigo 85, § 1º, CE, e artigo 103, § 1º, CF).

As decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade possuem efeito “*erga omnes*”, ou seja, atingem todos, mesmo os que não participaram da relação processual em que se deu a decisão.

Ademais, em razão do parágrafo único do artigo 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 submete aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

6 O PROMOTOR DE JUSTIÇA E O ATO INFRACIONAL

O ordenamento constitucional brasileiro, pelo artigo 228 da Carta Magna, determina que a criança e o adolescente são penalmente inimputáveis, estando sujeitos, entretanto, às normas da legislação especial, qual seja, a Lei nº 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O legislador conferiu tratamento diferenciado do imposto ao adulto por entender que o adolescente é pessoa ainda em desenvolvimento, é um ser humano em veloz processo de formação.

A questão da inimputabilidade não se limita à capacidade de discernimento do adolescente, ainda que muitos defensores da diminuição da menoridade penal tendam a fixar aí a defesa de seu ponto de vista. Ao contrário, o tratamento diferenciado é fruto da evolução histórica dos direitos humanos.

Aos que, infelizmente, acompanham a corrente pró-menoridade, recomenda-se a leitura do trecho abaixo transcrito, fragmento da nota pública redigida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), em solidariedade à família do menino João Hélio, brutalmente assassinado, aos seis anos de idade, na Capital do Rio de Janeiro:

- Não há dados que comprovem que o rebaixamento da idade penal reduz os índices de criminalidade juvenil. Ao contrário, o ingresso antecipado no falido sistema penal brasileiro expõe os adolescente a mecanismos reprodutores da violência, como o aumento das chances de reincidência, uma vez que as taxas nas penitenciárias ultrapassam 60% enquanto no sistema sócio-educativo se situam abaixo de 20%;
- A maioria dos delitos que levam os adolescentes à internação não envolve crimes contra a pessoa e, assim sendo, utilizar o critério da faixa etária penalizaria o infrator com 16 anos ou menos, que compulsoriamente iria para o sistema penal, independente da gravidade do ato;
- A redução da idade penal não resolve o problema da utilização de crianças e adolescentes no crime organizado. Se reduzida a idade penal, estes serão recrutados cada vez mais cedo;
- É incorreta a afirmação de que a maioria dos países adota idade penal inferior a 18 anos. Pesquisa realizada pela ONU (Crime Trends) aponta que em apenas 17% das 57 legislações estudadas a idade penal é inferior a 18 anos;
- Por outro lado, é errônea a idéia de que o problema da violência juvenil em nosso país é mais grave uma vez que a participação de adolescentes na criminalidade é de 10% do total de infratores (pesquisa do ILANUD). No Brasil, o que se destaca é a grande proporção de adolescentes assassinados (entre os primeiros lugares no ranking mundial), bem como o número elevado de jovens que crescem em contextos violentos.⁶²

62 Para a leitura completa da nota, vide a página eletrônica da CONANDA, Disponível in: <www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/noticias/ultimas_noticias/not160207>. Acesso em: 6/jun/2008.

Nesse diapasão, pelo acima exposto e em razão da etapa da vida em que o adolescente se encontra, são maiores as suas chances de recuperação, e, conseqüentemente, mais provável o sucesso de sua reintrodução à sociedade.

Dessa forma, sendo inegável a falência do cárcere, especialmente se considerado o sistema prisional brasileiro, o legislador optou por “responsabilizar o adolescente” em vez de apenas “puni-lo”, opção que implica medidas com caráter pedagógico e de resgate da cidadania, no caso, as de proteção do artigo 101 e as socioeducativas estabelecidas no artigo 112.

Do campo teórico, o “ato infracional” é definido pelo texto estatutário como a “conduta descrita como crime ou contravenção penal” (artigo 103), ou seja, é o ato que encontra similar tipificado na legislação penal. Isso, entretanto, não empresta caráter penal à medida.

O procedimento para apuração de ato infracional e para aplicação de medida socioeducativa, da mesma forma, possui natureza diversa dos procedimentos criminais em respeito à condição peculiar do adolescente. Eles se baseiam num processo pedagógico e de resgate da cidadania negada ao adolescente.

O membro do Ministério Público, quando provocado por questões do universo do ato infracional, deverá ao longo de todo o procedimento zelar pelo respeito aos direitos e às garantias individuais do adolescente, especialmente aquelas incrustadas no texto constitucional.

Não obstante as garantias processuais conferidas ao adulto - em especial aquelas do artigo 5º da Constituição Federal - serem sempre extensíveis ao adolescente, o constituinte optou por reforçá-las, impondo nos incisos IV e V do § 3º do artigo 227 outras duas exclusivas, *in verbis*:

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer

medida privativa da liberdade;

Ademais, no campo da legislação infraconstitucional, as garantias individuais (artigos 106 a 109) e processuais (artigos 110 e 111) do adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional são objeto da Lei nº 8.069/1990, e sua observação deverá ser tão rigorosa quanto aquela auferida às garantias constitucionais.

Defendendo que os direitos e as garantias ao adolescente podem partir do Estatuto interpretado de acordo com a Constituição, Alexandre Moraes da Rosa (2007, p. 163-8) aponta que podem ser observadas as seguintes modificações procedimentais: a) direito de defesa técnica, com tempo e meios adequados, inclusive na remissão; b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra, com excepcionalidade da internação provisória; c) direito de recorrer em liberdade, mesmo sem se recolher ao centro de internamento; d) direito a um juiz e Ministério Público natural e competente; e) direito à ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais, inclusive precatória; f) direito ao silêncio e de não se incriminar; g) vedação da *reformatio in pejus*; h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito à publicidade do processo em sua relação; j) direito de jurisdicionalização da Execução da medida socioeducativa; l) direito de estar presente nos atos processuais e se confrontar com as testemunhas e informantes; m) prescrição da medida socioeducativa; n) direito de solicitar a presença de seus pais e defensores a qualquer tempo; o) direito de não ficar internado por mais de quarenta e cinco dias; p) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança; q) não-utilização das provas não produzidas no processo e em contraditório; r) inconstitucionalidade da internação-sanção por violação do devido processo legal; s) assistência médica, social, psicológica e afetiva; e t) análise das condições da ação infracional em decisão fundamentada.

Por fim, reiteramos as recomendações constantes no Capítulo Segundo, tópico 2.5, deste Manual, no sentido de utilização da nova terminologia imposta pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, abdicando do seu vocabulário jurídico os termos revogados e de cunho pejorativo.

6.1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Recebida a notícia da prática de ato infracional, o Promotor de Justiça, antes de qualquer outra medida, deverá observar se a:⁶³

- Justiça da Infância e da Juventude é competente para a análise e o processamento do feito (artigo 147, § 1o, ECA);
- conduta praticada se equipara a um tipo penal (artigo 103, ECA); e
- autoria está sendo imputada a adolescente, com idade compreendida entre 12 anos completos e 18 incompletos (artigo 2º, ECA).

Caso, por algum motivo, a atribuição para apuração dos fatos ventilados na notícia não pertença à Justiça da Infância e da Juventude, deverá o Promotor de Justiça encaminhá-la a quem o seja.

De outro lado, caso a conduta descrita não configure a prática de ato equiparado ao fato típico e antijurídico, ou seja, não caracterize infração penal, deverá proceder ao seu arquivamento, nos moldes do que disciplina o artigo 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, se a conduta esteja sendo atribuída à criança (até 12 anos incompletos), deverá enviar a questão ao Conselho Tutelar (artigo 136, I, ECA), ou, em sua falta, à autoridade judiciária competente (artigo 262, ECA), que adotará dentre as medidas protetivas do artigo 101 a mais aconselhável ao caso concreto.

6.2 A APRESENTAÇÃO DO ADOLESCENTE

A notícia do cometimento de ato infracional pode ser recepcionada pelo representante do Ministério Público de formas distintas. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três situações em que o adolescente, a quem se atribua a autoria do ato infracional, deva comparecer à presença do Promotor de Justiça, quais sejam:

63 Na confecção do subtópico 6.1. buscamos, novamente, inspiração no “**Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo**”, obra referenciada no terceiro tópico.

- o adolescente, apreendido em flagrante de ato infracional, é liberado diante da presença de seus pais ou responsável, após a assinatura de termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público (artigo 174, ECA);

- o adolescente, apreendido em flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça, não é liberado (artigo 173, ECA), sendo imediatamente⁶⁴ encaminhado ao representante do Ministério Público juntamente com cópia do auto de apreensão ou do boletim de ocorrência (artigo 175, ECA); e

- não ocorre o flagrante do ato infracional, mas é informada a sua prática. Após a adoção das medidas que lhe competem, a autoridade policial remeterá o relatório das investigações e os demais documentos ao representante do Ministério Público (artigo 179, ECA), qual expedirá notificação para apresentação do adolescente ⁶⁵.

Recebido o adolescente por qualquer uma das três modalidades acima descritas, o membro do Ministério Público procederá à oitiva informal do adolescente, de seus pais ou responsáveis, da vítima e das testemunhas (artigo 179, ECA).

Caso o adolescente encontre-se provisoriamente internado, o Promotor de Justiça deverá analisar a possibilidade de liberação, manifestando expressamente a sua opinião, zelando, ainda, pela celeridade de todo o procedimento.

Nessa primeira oitiva, deverá o Promotor de Justiça informar ao adolescente e a seus pais ou a seu responsável a natureza do procedimento, o ato infracional que é imputado àquele, seus direitos e suas garantias.

Após, conforme determina o artigo 180, o Promotor de Justiça deverá, em cada caso, optar por: “I - promover o arquivamento dos autos; II - conceder a remissão; ou III - representar à autoridade judiciária para

64 Não sendo possível o encaminhamento imediato do adolescente ao representante do Ministério Público, deverá a autoridade policial fazê-lo no prazo máximo e improrrogável de 24 horas (artigo 175, § 1º).

65 Caso o adolescente não se apresente, serão notificados seus pais para apresentá-lo, podendo ser requisitado o auxílio das polícias civil e militar se necessário (artigo 179, parágrafo único).

aplicação de medida socioeducativa”, opções que serão pormenorizadas nos tópicos a seguir.

6.3 O ARQUIVAMENTO DA NOTÍCIA DE ATO INFRACIONAL

Em analogia ao que é determinado à autoridade judiciária pelo artigo 189, nas hipóteses de estar provada a inexistência do fato, de não haver prova da existência deste, do fato não se constituir ato infracional, de não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional, ou, ainda, em outras situações que o Promotor de Justiça julgar cabível, deverá ser determinado o arquivamento dos autos.

Optando pelo arquivamento, o Promotor de Justiça deverá fazê-lo por meio de “termo de arquivamento” - documento composto por relatório dos fatos apurados e pelos motivos de fato e de direito que consubstanciam sua decisão (artigo 181, *caput*, ECA).

Após, deverão ser remetidos os autos conclusos à autoridade judiciária competente, no caso o magistrado vinculado à Justiça da Infância e Juventude, o qual apreciará o pedido de homologação do arquivamento (artigo 181, *caput*, ECA).

Homologado o arquivamento, serão os autos arquivados (artigo 181, § 1º, ECA). Contudo, caso a autoridade judiciária discorde do pedido, despachará expondo as razões da negativa e remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça (artigo 181, § 2º, ECA).

O Procurador-Geral de Justiça, por sua vez, poderá oferecer pessoalmente a representação, designar outro membro do Ministério Público para tanto, ou, ainda, ratificar o arquivamento, decisão que, em face da soberania do Ministério Público, será imposta à autoridade judiciária, que não poderá recusar nova homologação (artigo 181, §2º, ECA).

A decisão que homologa o arquivamento, independentemente, se por requerimento do Promotor de Justiça, se por confirmação do Procurador-Geral de Justiça, tem natureza jurídica de “sentença declaratória”, haja vista que seu julgamento confirma o ato administrativo ministerial.

6.4 A REMISSÃO MINISTERIAL

O legislador estatutário, ao disciplinar a figura da remissão ministerial, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a regra do item 11.2 da Resolução 40/33 da Assembléia Geral, de 29 de Novembro de 1985, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), qual seja:

11.2 - A polícia, o Ministério Público e outros organismos que se ocupem de 'jovens infratores' terão a faculdade de arrolar tais casos sob sua jurisdição, sem necessidade de procedimentos formais, de acordo com critérios estabelecidos com esse propósito nos respectivos sistemas jurídicos e também em harmonia com os princípios contidos nas presentes regras.

Nesse aspecto, ao inserir a possibilidade de o Ministério Público extinguir o procedimento para apuração de ato infracional⁶⁶, a Lei nº 8.069/1990 almejou sanar os efeitos negativos que o procedimento judicial podem acarretar ao adolescente, tal como os danos decorrentes dos processos de estigmatização e rotulagem.

A remissão ministerial, estabelecida nos artigos 126, 201, I, e 180, II, distingue-se da remissão judicial (artigo 188, ECA) por ser conferida antes mesmo de iniciada, motivo pelo qual exige homologação da autoridade judiciária, tal como ocorre com o arquivamento (artigo 181, ECA). No entanto, independentemente da modalidade, a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes (artigo 127, ECA).

Outrossim, da mesma forma que ocorre com a decisão pelo arquivamento dos autos, a autoridade judiciária poderá discordar da remissão, oportunidade em que remeterá os autos, junto de despacho fundamentado, ao Procurador-Geral de Justiça (artigo 181, § 2º).

O Procurador-Geral de Justiça, de igual modo, poderá oferecer a representação, designar outro membro do Ministério Público que o faça, ou, ainda, ratificar a remissão, decisão se sobrepõe à vontade do

66 Desde que as circunstâncias e as conseqüências do fato, o contexto social e a personalidade do adolescente assim indiquem (artigo 126, *caput*).

magistrado, qual fica obrigado a homologar (artigo 181, § 2º, ECA).

Uma questão, entretanto, é controversa na doutrina e na jurisprudência: Muito embora o artigo 127 autorize o *Parquet* a conceder a remissão mediante cumprimento de uma das medidas previstas no Estatuto⁶⁷, se questiona se o legislador, equivocadamente, não teria lhe conferido o poder decisório exclusivo do Poder Judiciário (Moraes e Ramos, 2007, p. 770).

A discussão era tamanha que ensejou a publicação da Súmula nº 108, do Superior Tribunal de Justiça: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

Contudo, não obstante a vigência da Súmula acima citada, não são raras as decisões em que o próprio Superior Tribunal de Justiça decide de forma contrária⁶⁸, entendendo não haver constrangimento ilegal na remissão cumulada com medida socioeducativa oferecida pelo Ministério Público.

Ademais, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente impôs, em seu artigo 181, a necessidade da homologação judicial da remissão ministerial, “*implicitamente afirma que será o Juiz de Direito quem, homologando a transação efetuada, estará aplicando a medida socioeducativa ajustada entre as partes*” (Saraiva apud Moraes e Ramos, 2007, p. 771).

Assim, à semelhança da decisão que homologa o arquivamento, a homologação da remissão é materializada por meio de sentença declaratória confirmativa do ato administrativo executado pelo Ministério Público.

Todavia, independentemente das controvérsias doutrinárias, é importante ter em mente que a remissão ministerial, quando condicionada ao cumprimento de medida socioeducativa, fica caracterizada como uma

67 Com exceção das medidas socioeducativas nas modalidades de colocação em regime de semiliberdade e a internação (artigo 127).

68 Vide as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos seguintes recursos: Recurso em Habeas Corpus nº 11099/RJ, da Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça do dia 18/fev/2002; Recurso Especial nº 226159/SP, da Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça do dia 21/ago/2000. Ainda, no Supremo Tribunal de Justiça, a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 229382, publicada no Diário de Justiça do dia 31/out/2002.

proposta, de modo que a concordância do adolescente se configura como elemento indissociável para sua concretização. No entanto, de outro lado, a recusa acarreta no conseqüente “início do procedimento contencioso com a representação dirigida ao órgão judicial” (Garrido de Paula, 2003, p. 550).

Caso haja o condicionamento da remissão ao cumprimento de medida socioeducativa, tendo em vista que a situação configurar uma espécie de transação estatutária, o adolescente deverá, necessariamente, estar acompanhado por advogado, devendo-lhe ser nomeado um caso não tenha constituído defensor.

O procedimento, portanto, de explicitação ao adolescente e aos seus pais ou responsáveis deve ser o mais espontâneo possível e, ao contrário de forçar a aceitação da proposta de remissão, cabe ao Promotor de Justiça apontar as conseqüências do ato perpetrado.

O último aspecto que se quer chamar a atenção é o caráter facultativo da medida socioeducativa. Diferentemente da pena, o art. 112 do Estatuto dispõe que a autoridade **poderá** aplicar as medidas. Assim, por vezes, o processo de passagem por uma delegacia de polícia, somado às orientações familiares, já são fatos mais do que suficiente para levar o adolescente a refletir sobre sua conduta, sem necessitar cumprir uma medida socioeducativa.

6.5 A REPRESENTAÇÃO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA

Caso o Promotor de Justiça entenda que as circunstâncias e o contexto do ato infracional não permitam o arquivamento da notícia ou a concessão da remissão ao adolescente, deverá oferecer “representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada” (artigo 182, *caput*, ECA).

Conforme leciona Garrido de Paula (2003, p. 553):

Se do sistema processual penal deflui o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir

a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator).

A representação, portanto, é a peça processual inaugural do procedimento para aplicação de medida socioeducativa, ou seja, é “o instrumento inicial de invocação da tutela jurisdicional” (Garrido de Paula, 2003, p.553).

O §1º do artigo 182 faculta ao membro do Ministério Público a apresentação da representação sob a forma de peça escrita ou sua dedução oral em sessão instalada pela autoridade judiciária, impondo-lhe, ainda, dois requisitos formais: 1) a breve exposição dos fatos; e, 2) a classificação do ato infracional.

Além dos requisitos formais da Lei nº 8.069/1990, deverão estar presentes as “condições da ação”, quais sejam: a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir, e a possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade para a propositura de procedimento objetivando a aplicação de medida socioeducativa é exclusiva do Ministério Público (artigos 182 e 201, II, ECA), de modo que não há que se falar em procedimento privado para apuração de ato infracional ou para aplicação de medida socioeducativa.

Todavia, é importante ressaltar que, em razão das disposições do artigo 206 – “*A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça*” –, o entendimento de ser o Promotor de Justiça o único legitimado não é unânime.

Com base no artigo supracitado, algumas das vítimas contratam advogados e intervêm no procedimento para aplicação de medida socioeducativa na qualidade de “assistentes” do Ministério Público.

Não obstante, independentemente da corrente adotada pelo Promotor de Justiça, caso o particular intervenha como “interessado”, deverá fazê-lo na mera condição de assistente, nunca como titular da representação, esta indiscutivelmente privativa do Ministério Público.

Outrossim, diante das disposições da Seção V do Capítulo III do Livro Especial da Lei nº 8.069/1990 – “*Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente*” – conclui-se não ser admissível a instauração de procedimento pela autoridade judiciária *ex officio*, sendo indispensável que o representante do *Parquet* – único legitimado – provoque o impulso inicial.

O interesse de agir, diante das disposições do § 2º do artigo 182 - “*a representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade*” -, merece um olhar cauteloso do Promotor de Justiça.

Se, no processo penal, o “interesse de agir repousa nos elementos de convicção colhidos em fase anterior ao processo, se sorte a conferir idoneidade ao pedido, impedindo que o cidadão sofra os constrangimentos inerentes ao processo” (Garrido de Paula, 2003, p.556), por que no procedimento destinado ao adolescente não lhe seriam conferidos a mesma precaução?

Os constrangimentos decorrentes do processo judicial atingem ainda com mais intensidade o adolescente, desse modo, sendo certa a extensão de todas as garantias constitucionais ao adolescente, deverá o membro do Ministério Público ter a precaução de utilizar com muita moderação a prerrogativa do § 2º, que se entende um equívoco do legislador.

A possibilidade jurídica do pedido na esfera estatutária, por sua vez, impede que o membro do Ministério Público formule pedido contrário à pretensão teleológica do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, é juridicamente impossível o pedido de aplicação de medida socioeducativa a criança a quem se atribua a autoria de ato infracional, vez que a lei lhe reservou apenas as medidas de proteção, da mesma forma, não é cabível o pedido de aplicação de medida socioeducativa em face da conduta que não configure ato infracional (Garrido de Paula, 2003, p. 555-6).

Caso o adolescente esteja provisoriamente internado (nas hipóteses do artigo 175), optando pela representação, o Promotor de Justiça e Juiz deverão concluir todo o procedimento no prazo máximo e improrrogável

de quarenta e cinco dias (artigo 183). Recordar-se que o prazo de quarenta e cinco dias a que fazem menção os artigos 108 e 183, não será dilatado em hipótese alguma, devendo ser rigorosamente observado, sob pena de caracterização do delito tipificado no artigo 235 do Estatuto, *in verbis*:

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

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Ainda quanto ao adolescente previamente internado, deverá o membro do Ministério Público zelar para que a internação se dê em instituição adequada (artigo 123, ECA), promovendo eventuais medidas necessárias para sua remoção.

Outrossim, a opção pela representação à autoridade judiciária impõe ao Promotor de Justiça o dever de atentar-se para a regularidade processual, pela observação das garantias individuais e processuais, e garantir o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

6.6 AS AUDIÊNCIAS DE APRESENTAÇÃO E EM CONTINUAÇÃO

Se durante procedimento para apuração de ato infracional, antes de oferecida a representação, o representante do Ministério Público tem uma oportunidade para ouvir o adolescente (artigo 174, ECA), após instaurado o procedimento para aplicação de medida socioeducativa, serão duas – uma, na audiência de apresentação (artigo 184, ECA), e outra, na audiência de continuação (artigo 186, § 4º, ECA).

A ordem de citação deverá ser expedida ao adolescente e aos seus pais ou ao seu responsável, oportunidade em que serão notificados a comparecer à primeira audiência (audiência de apresentação) e lhes será dada ciência dos termos da representação (artigo 184, § 1º, ECA).

Caso os pais ou responsáveis pelo adolescente não sejam localizados, deverá o Juiz designar-lhe curador especial (artigo 184, § 2º, ECA), no entanto, caso o adolescente não tenha sido localizado, deverá o Juiz expedir mandado de busca e apreensão, suspendendo o procedimento até sua localização (artigo 184, § 3º, ECA).

Cabe ao membro do Ministério Público o zelo pela cientificação do adolescente e de seus pais ou seu responsável, pela nomeação do curador especial sempre que necessário e atentar-se para a necessidade de nomear advogado ao adolescente que não tiver defensor constituído (artigo 186, § 3º, ECA).

Caso o adolescente, apesar de devidamente notificado, não comparecer à audiência de apresentação, será determinada nova data para a realização da audiência, além de sua condução coercitiva (artigo 187, ECA).

Na hipótese de o adolescente encontrar-se preventivamente internado e seus pais não tenham sido localizados, será a apresentação daquele sem prejuízo da notificação de daqueles (artigo 184, § 4º, ECA).

Dessa forma, presentes o adolescente e seus pais ou responsáveis, ou, nas hipóteses dos parágrafos 2º e 4º, apenas o adolescente acompanhado do curador especial que lhe foi designado terá lugar a audiência de apresentação.

Aberta a audiência, caso o adolescente se encontre preventivamente internado, deverá o magistrado, primeiramente, decidir acerca da manutenção da internação (artigo 184, *caput*, ECA), observando sempre o período máximo de quarenta e cinco dias estabelecido no artigo 108.

A primeira audiência é a oportunidade para a oitiva do adolescente e de seus pais, bem como para solicitar a opinião de profissional qualificado sempre que necessário (artigo 186, *caput*, ECA). Ao final da audiência, o magistrado poderá, de acordo com o caso concreto, ouvido o representante do Ministério Público, decidir pela concessão da remissão judicial (artigo 186, § 1º, ECA), ou optar pelo prosseguimento do feito, designando audiência de continuação (artigo 186, 2º, ECA).

Havendo designação de nova audiência, deverá ser nomeado defensor ao adolescente sem advogado constituído, ao qual será conferido o prazo de três dias a contar da audiência de apresentação para a apresentação de defesa prévia e rol de testemunhas (artigo 186, § 2º e 3º, ECA).

A segunda audiência é a oportunidade para serem ouvidas as testemunhas arroladas tanto na representação e quanto na defesa prévia e para a juntada do relatório formulado pela equipe interprofissional (artigo 186, § 4º, ECA).

Após a instrução probatória, executadas todas as diligências necessárias, será aberto o prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, para o membro do Ministério Público e o defensor do adolescente, sucessivamente, apresentarem suas alegações finais oralmente e, ao final, será proferida a decisão da autoridade judiciária (artigo 186, § 4º, ECA).

Por ocasião das alegações finais, deverá o Promotor de Justiça analisar integralmente as provas ventiladas aos autos, destacar a questão dos antecedentes infracionais e avaliar as condições sociais e psicológicas do adolescente.

Ao final de sua exposição, verificando a necessidade de cominação de medida socioeducativa, o Promotor de Justiça deverá indicar a que lhe parece mais adequada e os motivos para tanto, pleiteando medida privativa de liberdade apenas nas hipóteses listadas no Estatuto (artigo 122, ECA).

Recorda-se que a remissão pode ser concedida como forma de extinção ou suspensão do processo, mesmo após a audiência de continuação, possibilidade que se estende até a sentença (artigo 188, ECA).

6.7 A APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Ao final da audiência de continuação, será proferida decisão pela autoridade judiciária (artigo 186, § 4º, ECA). Apurada a necessidade de responsabilização do adolescente em razão ato infracional, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da infração, poderá ser aplicada qualquer uma das medidas socioeducativas, isoladas ou cumuladas às medidas de proteção, estas últimas limitadas aos incisos I a VI.

As medidas socioeducativas são, necessariamente, aquelas indicadas nos incisos do artigo 112, não se admitindo a cominação de medida diversa das ali estabelecidas, *in verbis*:

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

I - advertência;

- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Às medidas de proteção, por sua vez, ainda que indicadas nos incisos do artigo 101, admite-se a aplicação de modalidade diversa do texto estatutário, haja vista que seu rol é meramente exemplificativo, vejamos:

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

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

Todavia, por determinação expressa no inciso VII do artigo 112, não poderá o magistrado cominar as medidas protetivas de abrigo em entidade (artigo 101, inciso VII) e colocação em família substituta (artigo 101, inciso VIII, ECA) -, a primeira, diante da possibilidade de seu uso desvirtuado configure cominação indevida da medida de internação; a segunda, por destinar-se exclusivamente aos procedimentos de perda e de suspensão do poder familiar.

Ademais, quando forem cominadas as medidas socioeducativas nas modalidades de internação ou regime de semiliberdade, o adolescente

e seu defensor deverão ser intimados da sentença e de seus efeitos (artigo 190, inciso I, ECA). Não sendo localizado o adolescente, seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor (artigo 190, inciso II, ECA). Para as demais medidas, a intimação recairá unicamente na pessoa do defensor (artigo 109, § 1º, ECA).

Não obstante essas questões, é vedada a aplicação de qualquer medida em sentença em quatro hipóteses: “I - *estar provada a inexistência do fato*; II - *não haver prova da existência do fato*; III - *não constituir o fato ato infracional*; IV - *não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional*” (artigo 189, ECA).

Outrossim, conforme determina o parágrafo único do artigo 189, caso o adolescente encontre-se provisoriamente internado, sendo proferida sentença que reconheça uma das quatro hipóteses acima transcritas, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Quanto às entidades de cumprimento das medidas privativas de liberdade, recomenda-se que o Promotor de Justiça, periodicamente, visite suas instalações existentes em sua Comarca, apurando as condições de segurança e higiene e a existência de eventuais irregularidades.

Durante a execução da medida, o Ministério Público fica incumbido de zelar para que sejam garantidos ao adolescente todos os direitos a ele assegurados pela lei.

Quando cominada medida em regime de semiliberdade, atentar-se para o cumprimento do que determina o artigo 119. Para a medida de internação, por sua vez, deverá zelar para que seja realizada a avaliação semestral do artigo 121, § 2º; seja observado o prazo máximo de internação de três anos (artigo 121, § 3º, ECA) e o limite etário obrigatório para liberação de 21 anos (artigo 121, § 5º, ECA).

É interessante, por fim, que sejam estimuladas as medidas em meio aberto, de responsabilidade do Município, que podem surtir melhores efeitos tanto como forma de evitar a internação, como meio de passagem da internação para a liberdade.

6.8 O RECURSO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil (artigo 198), impondo-lhe as seguintes modificações:

I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo;

II - em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias;

III - os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor;

IV - o agravado será intimado para, no prazo de cinco dias, oferecer resposta e indicar as peças a serem trasladadas;

V - será de quarenta e oito horas o prazo para a extração, a conferência e o conserto do traslado;

VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;

VII - antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias;

VIII - mantida a decisão apelada ou agravada, o escrivão remeterá os autos ou o instrumento à superior instância dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente; se a reformar,

a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.

Dessa forma, contra a sentença proferida no procedimento para a aplicação de medida socioeducativa, deverá o Promotor de Justiça optar pelo recurso de “Apelação” nos moldes do que disciplina a legislação adjetiva.

Ressalta-se, novamente, a questão da nomenclatura do recurso de Apelação⁶⁹. O recurso cabível é o de “Apelação Cível”, ou simplesmente “Apelação”, mas nunca será “Apelação Criminal”, pois tal não figura no texto do Código de Processo Civil.

6.9 FLUXOGRAMA DO PROCEDIMENTO

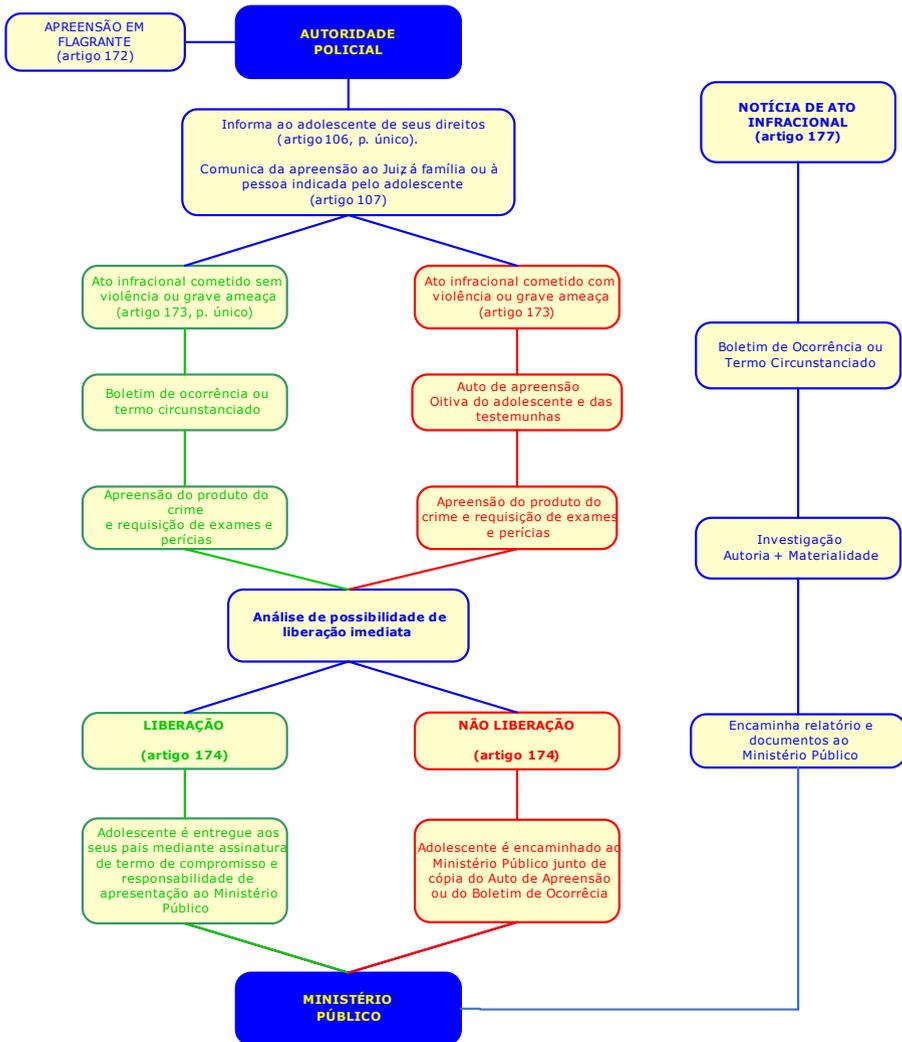
Para uma visualização completa das disposições deste Capítulo Sexto, são apresentados a seguir três fluxogramas que esquematizam as fases do procedimento de apuração de ato infracional – fase policial, fase ministerial e fase judicial.

Na sua elaboração, foram utilizadas as representações gráficas propostas pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, disponíveis no Portal da Infância e da Juventude da página eletrônica daquela instituição⁷⁰.

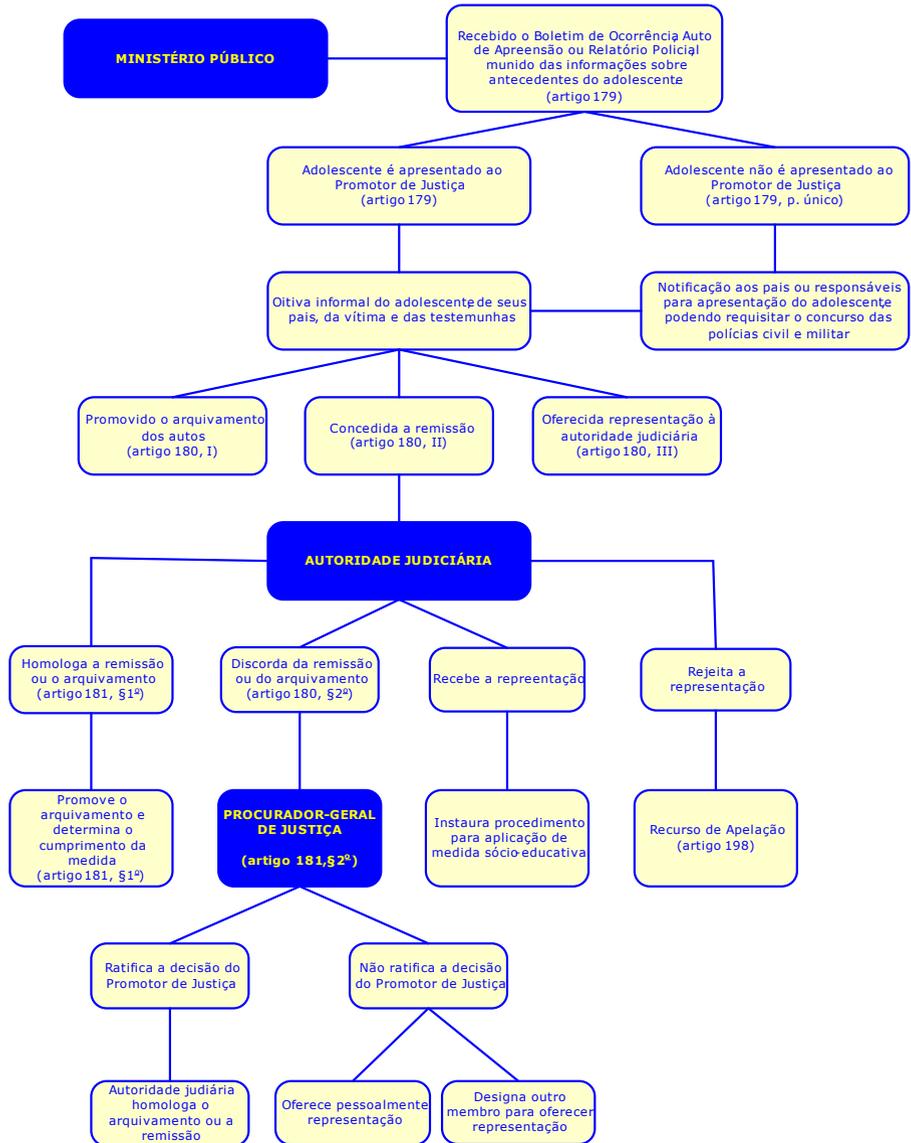
69 Vide o tópico 2.5, letra “o”.

70 Disponíveis in: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/policial.gif>>
<<http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/ministerial.jpeg>>
<<http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/judicial.jpeg>>
Acesso em 03/jun/2008.

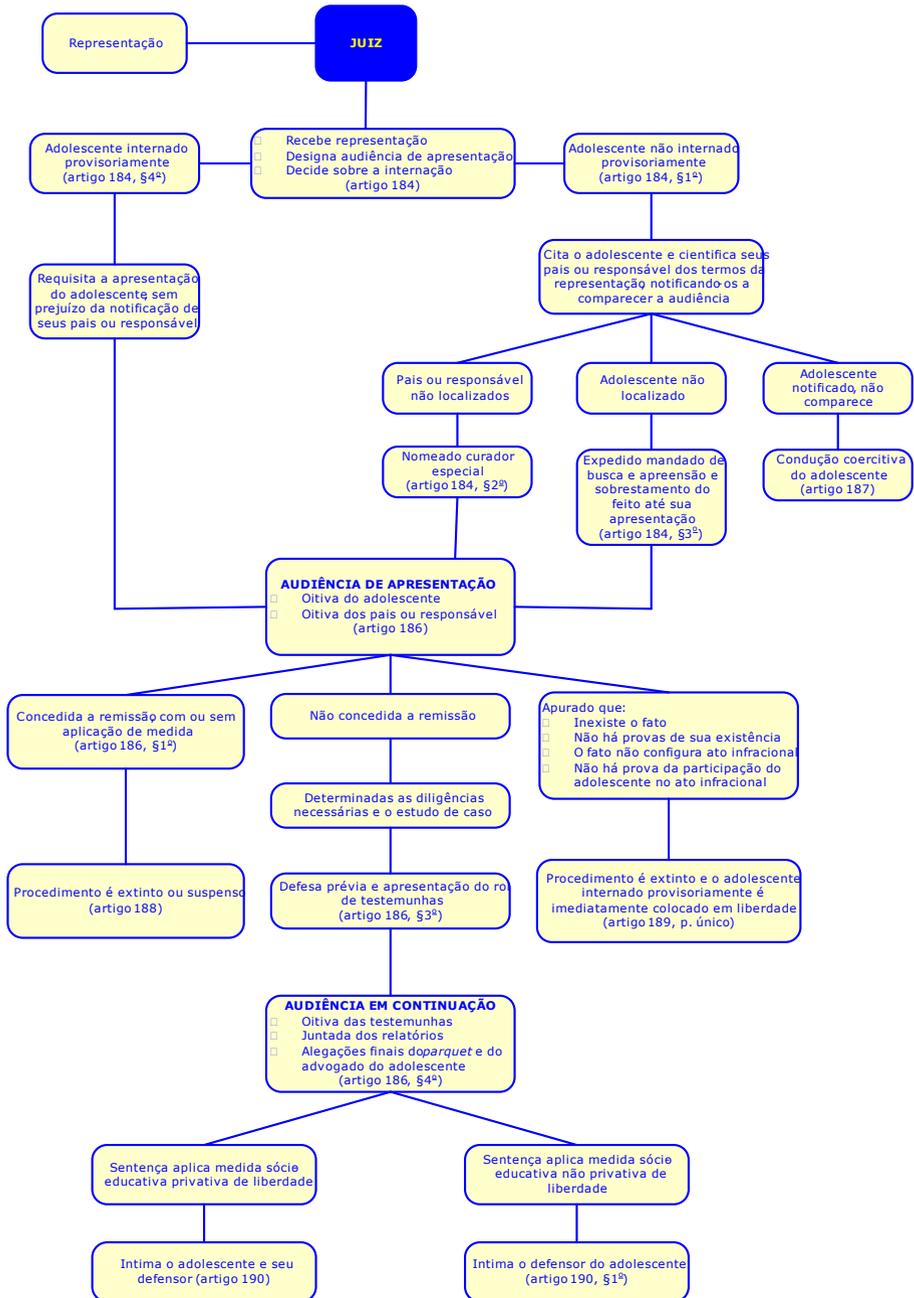
6.9.1 FASE POLICIAL



6.9.2 FASE MINISTERIAL



6.9.3 FASE JUDICIAL



7 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 Sétimo 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*.

7.1 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 as 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. 688/689) 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 *vs 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, *in verbis*: “*A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente*”. Mesma lógica é anunciada pela Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8625/1993), 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. Neste 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 constatará-la, 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 sanação 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 inciso 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 nuanças 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), prevêm 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, inciso 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, inciso I, CPC).

7.2 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*”.

7.2.1 NOS PROCEDIMENTOS DE CUNHO FAMILIAR

e) **para a perda ou 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).

f) **na concessão ou revogação da guarda:** para a revogação ou

concessão do pedido de guarda, deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 35, ECA).

g) 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).

7.2.2 NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

h) na modificação da medida: para modificar, prorrogar ou revogar medida de liberdade assistida, deverão ser ouvidos o orientador, o defensor do adolescente e o Ministério Público (art. 118, §2º, ECA).

i) na desinternação: em qualquer uma das hipótese de desinternação, deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 121, §6º, ECA).

7.2.3 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).

7.2.4 NOS PROCEDIMENTOS NÃO DISCIPLINADOS PELA LEI Nº 8.069

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).

7.2.5 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).

7.2.6 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).

8 O PROMOTOR DE JUSTIÇA E OS PROCEDIMENTOS NÃO JURISDICIONAIS

No oitavo 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 muito importante, uma vez que, por meio dela, o Ministério Público obtém soluções preventivas, rápidas e, muitas vezes, na dimensão consensual, seja a outra parte o Estado ou o particular.

Ana Santos (2007, p. 59) defende a tese de que, por meio da tutela extra-jurisdicional 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, inciso 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 juizes, na medida que a lei autorizou e determinou sua atividade administrativa.

Cabe ao Promotor de Justiça desmitificar 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, inciso XXXV, da Constituição Federal.

8.1 AS PRERROGATIVAS NA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Para o bom desempenho das funções indicadas no seu art. 201, inciso 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.

Neste 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”);
- 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 destas três 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 denúncia caluniosa (art. 339, CP) e de comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340, CP), *in verbis*:

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 autoridade reclamada, o legislador autorizou a aplicação do “termo de ajustamento de conduta” como instrumento de efetividade dos direitos da criança e do adolescente. O termo de ajustamento é matéria discutida no tópico 5.2.3 deste Manual.

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, neces-

sariamente, 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, inciso XII, ECA).

8.2 OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E AS SINDICÂNCIAS

Diariamente, 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, inciso VI, CF).

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi além, na medida em que listou diversas prerrogativas na instrução do procedimento administrativo, o que se observa da leitura do art. 201, inciso 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.

8.3 A FISCALIZAÇÃO ÀS ENTIDADES DE ATENDIMENTO.

Compete ao Ministério Público, por previsão do art. 201, inciso 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 é capaz de recuperar aqueles adolescentes, o sindicalista confessou que a grande maioria deles, ao término da medida, estava muito mais violento do que quando a entrou pelos portões da instituição.

Infelizmente notícias desanimadoras das instituições de atendimento não ficaram no passado. Há pouco mais de um ano, 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 (Idem, ibidem).

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, inciso 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, observando 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; d) se há profissionais qualificados, em número suficiente para o atendimento de todos os internos e abrigados.

- deverá analisar se as entidades que desenvolvem programas de abrigo encontram-se em harmonia com os princípios ditados pelo art. 92⁷¹ 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.

71 **Art. 92.** As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

I - preservação dos vínculos familiares;

II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;

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.

94⁷² do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para a formalização da fiscalização, Bordallo (2007, p.384) recomenda que seja instaurado um procedimento administrativo para cada instituição, onde serão emitidos relatórios de fiscalização. Por meio desta formalização, será possível acompanhar a execução de eventual recomendação, uma vez que todo o histórico da entidade estará devidamente registrado.

72 **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 abrigo.

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

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 impetrar procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, cuja disciplina é objeto dos arts. 191 a 193 do Estatuto, tema tratados neste Manual no tópico 4.3.

8.4 A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DAS VERBAS DO FUNDO MUNICIPAL

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 dos Direitos da Criança e do Adolescente, (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, obedecidos, além dos limites estabelecidos em Decreto do Presidente da República, o limite de 10% (dez por cento) da renda bruta para pessoa física (art. 260, inciso I) e de 5% (cinco por cento) da renda bruta para pessoa jurídica (art. 260, inciso II).

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, qual determinará 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 desempenho 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.

- 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 dos Direitos da Criança e do Adolescente, 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 e patrimonial público.

8. 5 A ATUAÇÃO NA ARTICULAÇÃO DA REDE DE GARANTIA

Pode-se dizer, sem medo de errar, que a maior parte do trabalho de um Promotor de Justiça da Infância e Juventude, ocorre no momento da 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 articulador 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.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A INFÂNCIA E A JUVENTUDE QUE DESEJAMOS

Atingida a maioria 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.

Neste 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 continuar 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 sócio-educativa 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.

Neste sentido é que o Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude, ao encerrar esta primeira edição do Manual espera que sua utilização seja útil aos colegas que atuam nesta seara tão trabalhosa quanto recompensadora, cativante, nobre e desafiadora.

10 REFERÊNCIAS

- ANTOUX, Paul. **A revolução industrial no século XVIII: estudo sobre os primórdios da grande indústria moderna na Inglaterra**. São Paulo: UNESP, 1988.
- ARIÈS, Phillip. **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 (coord). **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 2008**. Text Version. Disponível in <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2091rank.html>> Acesso em: 25 jul. 2008.

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.

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.

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._doutrina-rios/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.

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 alli). **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/Clippings/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=&systemas=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/2006**. Disponível in: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2006/matriz.htm#mort>> Acesso em: 27/jun/2008.

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, Helene 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 infantil: 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.

RODRIGUES AMIM, Andréa. “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.

ROSA, Alexandre Morais 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.

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.

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.

11 ANEXO

11.1 AS DOENÇAS DIAGNOSTICÁVEIS A PARTIR DO TESTE DO PEZINHO

a) Fenilcetonúria:

“Doença genética em que a criança não tem a enzima fenilalanina hidroxilase, que promove o metabolismo do aminoácido fenilalanina existente em todas as formas de proteína da nossa alimentação (carne, leite, ovos, etc.). Com isso, a fenilalanina se acumula no sangue e em todos os tecidos. Este excesso provoca lesões graves e irreversíveis no sistema nervoso central (inclusive o retardo mental) e o seu tratamento precoce pode prevenir estas seqüelas. O tratamento consiste em uma dieta pobre em fenilalanina. Como esta substância está presente em todas as proteínas, a dieta exige que alimentos protéicos (carne, ovos, leite, etc.) sejam substituídos por uma mistura de aminoácidos com pouca ou nenhuma fenilalanina. O controle no tratamento é feito através de dosagens periódicas dos níveis desta enzima no soro. O prazo para o tratamento é muito variável conforme cada caso, podendo ser para o resto da vida ou interrompido em algum momento. Esta decisão, no entanto, só deve ser tomada pelo médico que acompanha o paciente” (SBTN, 2008).

b) Hipotireoidismo Congênito:

“É um distúrbio causado pela produção deficiente de hormônios da tireóide, geralmente devido a um defeito na formação da glândula, ou a um problema bioquímico que ocorre na síntese dos hormônios tireoidianos. Os hormônios tireoidianos são fundamentais para o adequado desenvolvimento do sistema nervoso. A sua deficiência pode provocar lesão grave e irreversível, levando ao retardo mental grave. Se instituído bem cedo, o tratamento é eficaz e pode evitar estas seqüelas. Deve ser tratado através da administração oral de T4” (SBTN, 2008).

c) Anemia Falciforme e outras Hemoglobinopatias:

“A hemoglobina é a proteína que existe dentro dos glóbulos vermelhos, responsável pelo transporte de oxigênio a todas as partes do organismo. Quando ela tem sua estrutura alterada, o glóbulo vermelho também tem a sua forma modificada, o que prejudica o seu transporte através das artérias e veias. Isso pode levar à oxigenação deficiente do organismo. Em geral, são classificadas em dois grupos: doença falciforme e talassemias. As principais complicações clínicas da anemia falciforme são tratadas com as seguintes medidas profiláticas: antibióticos, suplementação de ácido fólico, suplementação hormonal, nutrientes e vitaminas, analgésicos, oxigenação e hipertransfusão. A hidroxiuréia (HU) é a medicação mais estudada para o tratamento da doença. É possível a cura de pacientes por meio de transplante de medula óssea, sendo o doador um irmão. Os pacientes talassêmicos podem ser tratados através de um regime de transfusões, terapia quelante intensiva e esplenectomia, na tentativa de reduzir as necessidades de transfusão” (SBTN, 2008).

d) Hiperplasia Adrenal Congênita:

“As glândulas adrenais produzem diversos hormônios essenciais para o organismo. Para isso, elas dependem de enzimas específicas. Quando uma destas enzimas está ausente, ocorre um desbalanço na produção dos hormônios e um aumento na síntese de há uma tendência de aumentar a produção dos demais como compensação. A enzima que mais freqüentemente é deficiente é a 21-hidroxilase. Quando isso acontece, o cortisol é o hormônio que se torna deficiente e os hormônios andrógenos (masculinizantes) aumentam seus níveis. Em meninas, isso pode levar ao aparecimento de caracteres sexuais masculinos (pêlos, aumento do clitóris)

e, em ambos os sexos, podendo levar ou não a uma perda acentuada de sal e ao óbito. O tratamento com corticóides pode reverter estes quadros, quando instituído precocemente. No caso da perda de sal, o tratamento requer a administração de hormônios mineralocorticóides com a máxima urgência. A suplementação de cortisona provoca a diminuição da síntese de hormônios androgênicos, relacionados à virilização. Medidas cirúrgicas auxiliam a recompor o aspecto anatômico da genitália nas meninas afetadas. Na forma perdedora de sal, a administração de mineralocorticóides deve ser continuamente monitorizada. O tratamento deve ser feito por toda a vida” (SBTN, 2008).

e) Fibrose Cística:

“É uma doença genética, também conhecida como mucoviscidose, que causa mau funcionamento do transporte de cloro e sódio nas membranas celulares. Esta alteração faz com que se produza um muco espesso nos brônquios e nos pulmões, facilitando infecções de repetição e causando problemas respiratórios e digestivos, entre outros. Outra manifestação é o bloqueio dos ductos pancreáticos, causando problemas no sistema digestivo. Apesar de ainda não ter cura, diversas medidas terapêuticas têm melhorado a qualidade de vida e a sobrevivência dos pacientes afetados”. (SBTN, 2008).

f) Galactosemia:

“A galactosemia ocorre quando a criança não pode digerir o açúcar chamado galactose, proveniente da lactose do leite materno. Esta condição pode levar à catarata, danos no fígado, retardamento mental e à morte prematura. É uma doença hereditária rara, com ação devastadora caso não seja diagnosticada rapidamente. O único tratamento é a eliminação da galactose da dieta. O leite deve ser substituído por uma fórmula especial de aleitamento nos primeiros dias de vida, o que ajuda a prevenir os problemas. Em substituição pode-se usar produtos à base de soja. Para crianças maiores, a dieta pode ser mais variada, evitando-se alimentos que contenham galactose”. (SBNT, 2008).

g) Deficiência de Biotinidase:

“É uma doença genética que consiste na deficiência da enzima biotinidase, responsável pela absorção e regeneração orgânica da biotina,

uma vitamina existente nos alimentos que compõem a dieta normal. Esta vitamina é indispensável para a atividade de diversas enzimas. O quadro mais severo é marcado por convulsões, retardo mental e lesões de pele. Seu diagnóstico é difícil a partir dos sinais clínicos, que são poucos característicos. O tratamento é simples, e consiste na administração, por via oral, de uma dose diária suplementar de biotina, a qual permite o funcionamento normal das diversas enzimas que dela dependem” (SBTN, 2008).

h) Deficiência de Glicose-6-fosfato Desidrogenase:

“G6PD é uma enzima presente em todas as células, e tem como finalidade auxiliar na produção substâncias que as protegem de fatores oxidantes. Ao contrário das outras células, os glóbulos vermelhos dependem exclusivamente da G6PD para esta finalidade. A deficiência de G6PD é uma doença genética associada ao cromossomo X e, ao contrário do que se esperaria, afeta igualmente indivíduos dos dois sexos. (...). Sua incidência no Brasil ainda não está estabelecida, mas estima-se que pode atingir até 7% da população. A doença não tem tratamento, mas seus sintomas podem ser evitados com medidas profiláticas que impeçam o uso de algumas drogas indutoras de hemólise e da ingestão do feijão de fava.” (SBTN, 2008).

i) Toxoplasmose Congênita:

“É causada por um parasita intracelular, o protozoário *Toxoplasma gondii*. Pode ser congênita ou adquirida. Em adultos é assintomática em 90% dos casos. No entanto, quando a mulher adquire a infecção durante a gestação, a doença pode ser transmitida ao feto. Infecções maternas primárias ocorridas no primeiro trimestre de gestação normalmente induzem ao aborto. A severidade da contaminação fetal é maior quando a infecção materna é adquirida no segundo trimestre, podendo provocar mal-formações congênicas. Quando a infecção pelo protozoário ocorre no terceiro trimestre gestação, o feto pode ser contaminado, apresentando graus variados de manifestações clínicas que incluem, principalmente, problemas neurológicos (retardo mental e motor) e visuais (lesão da retina à cegueira). A doença costuma ser assintomática ao nascimento, podendo apresentar sintomas clínicos após alguns meses. O tratamento é feito com medicações como a pirimetamina, a sulfadiazina e o ácido folínico” (SBTN, 2008).

j) Sífilis Congênita:

“A sífilis congênita é uma infecção causada pela disseminação hematológica do *Treponema pallidum* da gestante para o feto via transplacentária, ou durante o parto através de contato com lesões vaginais. A transmissão materna pode ocorrer em qualquer fase gestacional. A transmissão vertical da sífilis em mulheres não tratadas é de 70% a 100% durante os primeiros 4 anos em que a doença é adquirida, e ocorre morte perinatal em 40% das crianças infectadas. A contaminação do feto está na dependência do estágio da doença na gestante: quanto mais recente a infecção materna, mais treponemas estarão circulantes e, portanto, mais severo será o comprometimento fetal. O tratamento é feito com penicilina. As pessoas alérgicas podem ser dessensibilizadas, ou então, tratadas com eritromicina. As tetraciclínas e o estolato de eritromicina não devem ser empregados na gestação” (SBTN, 2008).

k) Citomegalovirose Congênita:

“Doença associada à infecção do feto pelo citomegalovírus (CMV). Cerca de 10 a 20% das crianças infectadas são sintomáticas ao nascimento. Entre as manifestações clínicas destacam-se retinocoroidite, microcefalia, calcificações cerebrais, hepatoesplenomegalia e hidrocefalia. Uma parcela dos casos inicialmente assintomáticos poderá apresentar mais tarde problemas como deficiência visual, perda auditiva e retardo mental. O CMV é considerado a causa mais comum de infecção congênita no homem, porque tem a capacidade de infectar o feto mesmo quando a mãe já possui anticorpos, ao contrário do que ocorre com a rubéola e a toxoplasmose. Estima-se que o vírus afete 1% dos nascidos vivos. Não há tratamento específico, mas algumas drogas, como o ganciclovir, têm sido usadas com êxito para a diminuição das seqüelas” (SBTN, 2008).

l) Doença de Chagas Congênita:

“Doença provocada pelo protozoário *Trypanosoma cruzi*. O parasita tende a se alojar em tecidos musculares e impedir que estes funcionem adequadamente. É comum comprometerem a função do músculo cardíaco e da musculatura do esôfago. Os recém-nascidos com infecção chagásica congênita podem apresentar sinais clínicos desde o nascimento, ou podem passar assintomáticos por vários anos. Embora assintomática, a criança infectada pelo *Trypanosoma cruzi* pode apresentar alterações muito discretas

ao exame clínico e não valorizadas como sinal de infecção. O tratamento é realizado com nifurtimox e benzonidazol. Os resultados dependem da idade em que se inicia. Quando começa antes dos seis meses, os exames sorológicos e parasitológicos tornam-se negativos” (SBTN, 2008).

m) Rubéola Congênita:

“Infecção viral aguda, normalmente benigna, a rubéola se caracteriza por três dias de pele avermelhada, aumento dos gânglios (que podem estar dolorosos) e leves sinais que aparecem antes da disseminação do vírus pelo corpo todo. Quando é adquirida durante a gestação, pode resultar em morte fetal, parto prematuro e graves malformações fetais. Não existe tratamento específico para a rubéola. Mas é importante o diagnóstico precoce das deficiências auditivas e a intervenção através de medidas de reabilitação nos casos da Síndrome da Rubéola Congênita” (SBTN, 2008).

n) SIDA Congênita:

“A síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA) é causada pela infecção pelos vírus HIV-1 ou HIV-2, adquirida por via sexual, transfusão com sangue infectado, uso de drogas com seringas ou agulhas contaminadas. Pode também ser transmitida ao feto pela gestante infectada ou através da amamentação. O vírus atinge o sistema imunológico do paciente, particularmente os linfócitos T, tornando-os mais suscetíveis a infecções. Estima-se que 0,5 a 2,0% dos recém-nascidos no Brasil são portadores do vírus” (SBTN, 2008).

o) Deficiência de MCAD:

“A deficiência da desidrogenase das acil-CoA dos ácidos graxos de cadeia média (MCAD) é um erro inato do metabolismo que interfere na utilização dos ácidos graxos como fonte de energia para o organismo. É uma doença genética potencialmente fatal que pode provocar o quadro da Síndrome da Morte Súbita na Infância. A primeira crise metabólica ocorre em geral entre o quarto e o décimo quinto mês de vida, sendo letal em 40% das crianças que manifestam os sintomas antes dos 2 anos de vida. (...) O tratamento é simples e de baixo custo. Durante episódios agudos de jejum ou vômito, a infusão intravenosa de glicose e a suplementação de L-carnitina levam a uma rápida recuperação” (SBTN, 2008).

Composição da Administração do Ministério Público

Procurador-Geral de Justiça

Gercino Gerson Gomes Neto

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Paulo Antônio Günther

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Gladys Afonso

Grupo Especial de Apoio ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

Gladys Afonso - *Coordenadora*

Raul Schaefer Filho

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Secretária-Geral do Ministério Público

Cristiane Rosália Maestri Böell

Procurador de Justiça Assessor do Procurador-Geral de Justiça

Raul Schaefer Filho

Promotores de Justiça Assessores do Procurador-Geral de Justiça

Eliana Volcato Nunes

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Alex Sandro Teixeira da Cruz

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobél Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

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

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer

Paulo César Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão - *Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto José Eduardo Orofino da Luz Fontes
Paulo Ricardo da Silva Antenor Chinato Ribeiro
José Galvani Alberton Narcísio Geraldino Rodrigues
Paulo Roberto Speck Jacson Corrêa
Pedro Sérgio Steil *Secretária:* Cristiane Rosália Maestri Böell

Corregedor-Geral do Ministério Público

Paulo Ricardo da Silva

Subcorregedora-Geral

Lenir Roslindo Piffer

Promotor de Justiça Secretário da Corregedoria-Geral

Marcílio de Novaes Costa

Promotores de Justiça Assessores do Corregedor-Geral

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Ivens José Thives de Carvalho

César Augusto Grubba

Mônika Pabst

Coordenadoria de Recursos

Tycho Brahe Fernandes - Coordenador

Promotores Assessores do Coordenador de Recursos

Laudares Capella Filho

Alexandre Carrinho Muniz

Ouvidor

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - Diretor

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Vera Lúcia Ferreira Copetti - Coordenadora-Geral

Leonardo Henrique Marques Lehmann - Coordenador

Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade

Raulino Jacó Brüning - Coordenador-Geral

Affonso Ghizzo Neto - Coordenador

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Alvaro Pereira Oliveira Melo - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional Criminal

Robison Westphal - Coordenador-Geral

Andrey Cunha Amorim - Coordenador

Fabiano Henrique Garcia - Coordenador-Adjunto

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Marcelo Gomes Silva - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas

Robison Westphal - Coordenador-Geral

Andrey Cunha Amorim - Coordenador de Inteligência e Dados Estruturados

Benhur Poti Betiolo - Coordenador de Assessoramento Técnico

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador de Investigações Especiais

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Fabício José Cavalcanti - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Rafael de Moraes Lima - Coordenador-Geral

Conselho Consultivo de Políticas e Prioridades Institucionais**Ex-Procuradores-Gerais de Justiça:**

José Galvani Alberton

Pedro Sérgio Steil

Representante do Segundo Grau:

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Representantes do Primeiro Grau:

1ª Região - Extremo Oeste

2ª Região - Oeste

3ª Região - Meio Oeste

4ª Região - Planalto Serrano

5ª Região - Alto Vale do Itajaí

6ª Região - Médio Vale do Itajaí

7ª Região - Vale do Rio Itajaí e Tijucas

8ª Região - Grande Florianópolis

9ª Região - Planalto Norte

10ª Região - Norte

11ª Região - Sul

12ª Região - Extremo Sul

Marcionei Mendes

Júlio André Locatelli

Maria Amélia Borges Moreira

Tatiana Rodrigues Borges Agostini

Giovanni Andrei Franzoni Gil

Jussara Maria Viana

Andreas Eisele

Davi do Espírito Santo

Rodrigo Kurth Quadros

Geovani Werner Tramontin

Ruy Vladimir Soares de Sousa

Ricardo Coelho Leal

Assessoria Militar

Ten. Cel. Rogério Martins

Coordenadoria-Geral dos Órgãos e Serviços Auxiliares de Apoio Técnico e Administrativo

Nelson Alex Lorenz

Coordenadoria de Auditoria e Controle

Jair Alcides dos Santos

Coordenadoria de Comunicação Social

Aline Pedroso Felkl

Coordenadoria de Finanças e Contabilidade

Márcio Abelardo Rosa

Gerência de Contabilidade

Nelcy Volpato

Gerência de Finanças

Ivania Maria de Lima

Coordenadoria de Operações Administrativas

Doris Mara Eller Brüggmann

Gerência de Almoarifado

Luís Antônio Buss

Gerência de Compras

Samuel Wesley Elias

Gerência de Manutenção e Conservação

Rômulo César Carlesso

Gerência de Patrimônio

Júlio Cesar Sodré

Gerência de Transportes e Serviços Gerais

Nair Terezinha da Silva

Coordenadoria de Pagamento de Pessoal

Maria Inês Finger Martins

Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais

Cinthya Garcia

Gerência de Informações e Projetos

Paulo Cesar Allebrandt

Coordenadoria de Processos e Informações Jurídicas

Denis Moreira Cunha

Gerência de Arquivo e Documentos

Selma de Souza Neves Machado

Gerência de Biblioteca

Terezinha Weber

Coordenadoria de Recursos Humanos

Silvana Maria Pacheco

Gerência de Cadastro e Legislação de Pessoal

Janete Aparecida Coelho Probst

Coordenadoria de Tecnologia da Informação

Janaina Klettenberg da Silveira

Gerência de Desenvolvimento

George Luiz da Rosa Luz

Gerência de Rede e Banco de Dados

Alexandre Tatsch

Gerência de Suporte

Oldair Zanchi

Promotores de Justiça, por Entrância e Antigüidade na Carreira

Entrância Especial

Ernani Dutra
Donaldo Reiner
Eroni José Salles
Sadi Brigido Jung
Saulo Torres
Ricardo Francisco da Silveira
Gercino Gerson Gomes Neto
Moacir José Dal Magro
Francisco Bissoli Filho
Newton Henrique Trennepohl
Heloísa Crescenti Abdalla Freire
Norival Acácio Engel
Fábio de Souza Trajano
Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes
Luiz Eduardo Braunsperger
James Faraco Amorim
Ivens José Thives de Carvalho
Walkyria Ruicir Danielski
Paulo Roberto Luz Gottardi
Alexandre Herculano Abreu
Durval da Silva Amorim
Ernani Guetten de Almeida
Vânio Martins de Faria
Genivaldo da Silva
Américo Bigaton
Janir Luiz Della Giustina
Aor Steffens Miranda
Eliana Volcato Nunes
Sandro José Neis
Mário Luiz de Melo
Lio Marcos Marin
Rogério Antônio da Luz Bertoncini
Rui Arno Richter
Viviane D'Avila Winckler

Cristiane Rosália Maestri Böell
Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti
Murilo Casemiro Mattos
Sidney Eloy Dalabrida
Fábio Strecker Schmitt
Neori Rafael Krahl
Monika Pabst
Sonia Maria Demeda Groisman Piardi
Marcílio de Novaes Costa
Jorge Orofino da Luz Fontes
Onofre José Carvalho Agostini
Eduardo Mendonça Lima
Carlos Alberto de Carvalho Rosa
Rogê Macedo Neves
Jayne Abdala Bandeira
Abel Antunes de Mello
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Carlos Henrique Fernandes
Davi do Espírito Santo
César Augusto Grubba
Rui Carlos Kolb Schiefler
Henrique Limongi
Ary Capella Neto
Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol
Hélio José Fiamoncini
André Fernandes Indalencio
Paulo Antonio Locatelli
Alex Sandro Teixeira da Cruz
Cid Luiz Ribeiro Schmitz
Protásio Campos Neto
Rosemary Machado Silva
Vera Lúcia Coro Bedinoto
Flávio Duarte de Souza
Marcelo Truppel Coutinho

Entrância Final

Aristeu Xenofontes Lenzi
Carlos Alberto Platt Nahas
Jorgelita Tonera Favaretto
Maria Regina Dexheimer Lakus Forlin
Jádel da Silva Júnior
Elizabete Mason Machado
Ruy Vladimir Soares de Sousa
José Eduardo Cardoso
Darci Blatt
Daniel Paladino
Márcia Aguiar Arend
Leda Maria Hermann
Margaret Gayer Gubert Rotta
Raul de Araujo Santos Neto
Vera Lúcia Butzke
Cláudia Mara Nollí Melo
Debora Wanderley Medeiros Santos
Rosan da Rocha
Ângela Valença Bordini
Ricardo Luis Dell'Agnolo
Álvaro Luiz Martins Veiga
Ricardo Marcondes de Azevedo
Andréa da Silva Duarte
Miguel Luís Gnigler
Marcelo Wegner
Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin
Andreas Eisele
Alexandre Schmitt dos Santos
Cristina Costa da Luz Bertoncini
Sérgio Ricardo Joesting
Leonardo Henrique Marques Lehmann
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Gustavo Mereles Ruiz Diaz
Fernando Linhares da Silva Júnior
Maristela Nascimento Indalcio
Thais Cristina Scheffer
Alexandre Daura Serratine
Maury Roberto Viviani
Alexandre Wiethorn Lemos
Eduardo Paladino
Júlio César Mafra
Felipe Martins de Azevedo
Francisco de Paula Fernandes Neto
Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto
Luis Suzin Marini Júnior
Rogério Ponzi Seligman
Vânia Augusta Cella Piazza
Fabiano David Baldissarelli
Assis Marciel Kretzer
Joubert Odebrecht
Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt
Andrey Cunha Amorim
Julio André Locatelli
Marcelo Brito de Araújo
Mário Vieira Júnior
Juliana Padrão Serra de Araújo
Rafael de Moraes Lima
Luiz Augusto Farias Nagel
Joel Rogério Furtado Júnior
Sandro Ricardo Souza
Helen Crystine Corrêa Sanches
Geovani Werner Tramontin
George André Franzoni Gil
Kátia Rosana Pretti Armange
Luciano Trierweiller Naschenweng
Rodrigo Millen Carlin
Rosangela Zanatta
Sandro de Araujo
Cristina Balceiro da Motta
Maria Luzia Beiler Girardi
Anelize Nascimento Martins Machado
Fabrício Nunes
Milani Maurilio Bento
Nazareno Bez Batti
Fabiano Henrique Garcia
Affonso Ghizzo Neto
Celso Antonio Ballista Junior
Jonnathan Augustus Kuhnen
Gustavo Viviani de Souza
Fabrício José Cavalcanti
Márcio Conti Junior
Aurélio Giacomelli da Silva
Ana Paula Cardoso Teixeira
Marcelo Mengarda
Alexandre Piazza
Marcelo Gomes Silva
Diana Spalding Lessa Garcia
Maria Amélia Borges Moreira
André Otávio Vieira de Mello
Wilson Paulo Mendonça Neto
Gilberto Polli
João Carlos Teixeira Joaquim
Hélio Sell Júnior
Pedro Roberto Decomain

Eraldo Antunes
Karla Bardio Meirelles Menegotto
Viviane Damiani Valcanaia
Ricardo Figueiredo Coelho Leal
Vânia Lúcia Sangalli
José Orlando Lara Dias
João Carlos Linhares Silveira
Simone Cristina Schultz
Cristian Richard Stahelin Oliveira
José de Jesus Wagner
Douglas Alan Silva
Laudares Capella Filho
Jean Michel Forest
Odair Tramontin
Sandra Goulart Giesta da Silva
Ricardo Viviani de Souza
Heloisa Melo Enns
José Renato Côte
Deize Mari Oechsler
Luciana Rosa
Benhur Poti Betiolo
Fernando da Silva Comin
Oswaldo Juvencio Cioffi Junior
Silvana Schmidt Vieira
Ricardo Paladino
Mauricio de Oliveira Medina
Amélia Regina da Silva
Alexandre Carrinho Muniz
Jackson Goldoni
Rodrigo Silveira de Souza
Rodrigo Kurth Quadro
Gustavo Wiggers
Leonardo Todeschini
Alvaro Pereira Oliveira Melo
Luiz Fernando Góes Ulysséa
Rafael Alberto da Silva Moser
Alan Boettger
Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio
Marco Antonio Schütz de Medeiros
Alicio Henrique Hirt
Max Zuffo
Susana Perin Carnaúba
Jussara Maria Viana
Andréa Machado Speck
Daniel Westphal Taylor
Murilo Adaghinari

Entrância Inicial

Victor Emendörfer Filho
Cristina Elaine Thomé
Luciana Schaefer Filomeno
João Alexandre Massulini Acosta
Nilton Exterkoetter
Maria Cristina Pereira Cavalcanti Ribeiro
Silvana do Prado Brouwers
Adalberto Exterkötter
Luiz Mauro Franzoni Cordeiro
Caio César Lopes Peiter
Cristine Angulski da Luz
Cristiano José Gomes
Cesar Augusto Engel
Carla Mara Pinheiro Miranda
Patricia Dagostin Tramontin
Roberta Mesquita e Oliveira
Lenice Born da Silva
Nádea Clarice Bissoli
Fabrício Franke da Silva
Andrea Gevaerd
Gláucio José Souza Alberton
Nataly Lemke
Marcio André Zattar Cota
Lara Peplau
Wagner Pires Kuroda
Fred Anderson Vicente
Mauro Canto da Silva
Ana Cristina Boni
Marcus Vinícius Ribeiro de Camillo
Giovanni Andrei Franzoni Gil
Renee Cardoso Braga
Cléber Augusto Hanisch
Rafael Meira Luz
Luis Felipe de Oliveira Czesnat
André Braga de Araújo
Jadson Javel Teixeira
Cláudio Everson Gesser Guedes da Fonseca
Cássio Antônio Ribas Gomes
Jorge Eduardo Hoffmann
Priscilla Linhares Albino
Tatiana Rodrigues Borges Agostini
Marcelo de Tarso Zanellato
Diógenes Viana Alves
Raul Gustavo Juttel

Eduardo Chinato Ribeiro
Belmiro Hanisch Júnior
Rodrigo Cunha Amorim
Ernest Kurt Hammerschmidt
Marcionei Mendes
Caroline Moreira Suzin
André Teixeira Milioli
Henrique da Rosa Ziesemer
Luciana Uller
Jean Pierre Campos
Guilherme Luis Tutz Morelli
Glauco José Riffel
Marcio Rio Branco Nabuco de Gouvêa
Eduardo Sens dos Santos
Samuel Dal-Farra Napolini
Carlos Renato Silvy Teive
Fernanda Crevanzi Vailati
Fabiano Francisco Medeiros
Carlos Eduardo Cunha
Germano Krause de Freitas
Júlio Fumo Fernandes
Diego Rodrigo Pinheiro
Alexandre Estefani
Mônica Lerch Lunardi
Alessandro Rodrigo Argenta
Henrique Laus Aieta
Fernanda Broering Dutra
Caroline Cristine Eller
Mirela Dutra Alberton

Substitutos

Regina Kurschus
Raul Rogério Rabello
Ivanize Souza de Oliveira
Henriqueta Scharf Vieira
Mário Waltrick do Amarante
Vanessa Wendhausen Cavallazzi Gomes
Analú Librelato Longo
Thiago Carriço de Oliveira
Luiz Fernando Fernandes Pacheco
Rejane Gularte Queiroz
Alceu Rocha
Marina Modesto Rebelo
Tehane Tavares Fenner