



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3446

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ**, Instituição pública estadual com assento constitucional no art. 134 da CRFB/88, com atuação regulamentada pela Lei Complementar Federal nº. 80/94 e Lei Complementar do Estado do Paraná nº 136/2016, por meio do **NÚCLEO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE**, apresentada pelos Defensores Públicos que esta subscreve, vem, respeitosamente, postular sua admissão nos autos em epígrafe na condição de

AMICUS CURIAE

para o fiel cumprimento de sua missão institucional, e, ainda, com fundamento no artigo 138 do novo Código de Processo Civil e no disposto nos artigos 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, e 131, § 3º, do Regimento Interno do STF, apresentar **MANIFESTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA**, requerendo a admissão do feito nos seguintes termos:

1. DA ADMISSÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *AMICUS CURIAE*

Procura-se, através desta manifestação, a habilitação da Defensoria Pública do Estado do Paraná no presente feito na qualidade de *amicus curiae*. A atribuição institucional *amicus curiae*- possui forte lastro constitucional e legal, e decorrente das diversas atribuições do órgão.



O instituto do *amicus curiae* está devidamente regulamentado em nosso ordenamento jurídico, pelo Código de Processo Civil, no art. 138.

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Como se pode perceber, a matéria de que trata a ADI reverbera como grande repercussão social, uma vez que aborda assunto referente à política de socioeducação e direito à liberdade de crianças e adolescentes, e de controle de constitucionalidade de dispositivos legais que ocupam posição central no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em relação à legitimidade, sobre a atuação da Defensoria Pública temos no art. 134, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Nesta senda, denota-se, enquanto missão institucional da Defensoria Pública: (a) ser expressão e instrumento do regime democrático, situação pela qual deve ser vista como um dos porta-vozes dos direitos fundamentais dos membros da sociedade, muitas vezes com nítida função contra-majoritária –; (b) promover a defesa dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro –; e (c) realizar a defesa dos necessitados em suas diversas modalidades (judicial ou administrativa; de forma individual ou coletiva), nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB.

Especificamente em relação à defesa dos necessitados, cumpre observar quais os limites dessa atribuição, e, em paralelo a isto, deve-se considerar quais as imbricações do contido no art. 5º, LXXIV, que determina a prestação de assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos.



Talvez uma leitura apressada acerca da questão possa levar o leitor a interpretar que a atuação da Defensoria Pública se limita àqueles casos em que presente indivíduos economicamente necessitados. Sem razão, porém. Não se ignorando que a carência econômica é um indicativo acerca da qualidade de necessitado de determinada pessoa ou grupo, percebe-se que, em nenhum momento, o constituinte limitou o caráter de necessitado ao economicamente necessitado. Muito pelo contrário. Em realidade, mais adequado apontar a existência de necessidades/necessitados juridicamente relevantes, a ensejar a atuação da Defensoria Pública, sendo a insuficiência financeira apenas uma delas.

Vislumbram-se, assim, diversas categorias de necessitados constitucionais sem qualquer relação com eventual condição econômica. Veja-se, por exemplo: o consumidor (art. 5º, XXXII); a criança, o adolescente e o jovem (art. 227, *caput*); o idoso (art. 230, *caput*); o indígena (art. 231, *caput*); etc.

A Defensoria Pública atua nos mais diversos ramos da sociedade, tendo por finalidade a efetivação de direitos, a manutenção dos mesmos, e em flagrante violação de direitos, de normas, a atuação para sanear tais violações. Com isso, atuar em processo de ação direta de inconstitucionalidade é uma das muitas características deste órgão.

Dessa forma requer a admissão na qualidade de *Amicus Curiae*, tendo em vista a grande relevância da questão. No caso em pauta, se debate a inconstitucionalidade de diversos dispositivos presentes na Lei Federal 8.069, de 13/07/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tem-se que é proveitosa a atuação desta Defensoria no feito em questão, haja vista o disposto no art. 4º, XI, da Lei Complementar Federal nº 80/1994, com a redação dada pela LCF nº 132/2009:

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

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência



doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

Faz-se, muito além de proveitosa, necessária e devida a participação da Defensoria Pública, como resta demonstrado no art. 70, II do Estatuto da Criança e do Adolescente que incluiu a Defensoria como órgão integrante do Sistema de Garantia de Direitos (SGD):

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

[...]

II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

Em exame, estão presentes os requisitos para a admissão da Defensoria Pública do Estado do Paraná como *Amicus Curiae*: 1) a causa tem extrema relevância jurídica e social; 2) tem repercussão coletiva e abrangência nacional; 3) atinge as pessoas vulneráveis e assistidas pela Instituição; 4) compete ao Núcleo de Defesa da Infância e Juventude (NUDIJ), enquanto órgão especializado da Defensoria paranaense, conhecendo e atuando diuturnamente na garantia dos direitos das crianças e adolescentes, oficiar nestes autos, representando a Defensoria paranaense.

Sendo assim, percebe-se que a Instituição ora requerente possui conhecimento específico acerca do objeto da demanda, podendo aprimorar o julgamento da causa através de informações complementares.

2. PARADIGMA PROTETIVO. SUPERAÇÃO DO MENORISMO. LIBERDADE DE IR E VIR QUE NÃO SE CONFUNDE COM SITUAÇÃO DE RISCO.



Os primeiros artigos questionados na ação em tela são os artigos 16, I e 230 do ECA, que tratam da liberdade de ir e vir de crianças e adolescentes. Leia-se a fundamentação, à fl.9, para a alegação de inconstitucionalidade de tais artigos:

Isto quer dizer que as crianças carentes, ainda que integrantes deste quadro dantesco e desumano, não mais poderão ser recolhidas pois adquiriram o direito de permanecer na sarjeta. E os perambulantes, vadios e sem rumo na vida somente quando estivessem em flagrante de ato infracional, mesmo porque pelo art. 232 do Estatuto, não podem ser submetidos a vexame ou constrangimento (é punido com pena de 6 meses a dois anos de detenção)"

Parece o autor partir de três pressupostos: a) o texto refletiria autorização para o que o Estado abandonasse completamente crianças e adolescentes que não tenham amparo familiar; b) a ordem normativa voltada à proteção da infância destinasse, exclusivamente, a crianças "sem rumo na vida"; c) distinção entre crianças carentes, sendo detentoras de direito, e "perambulantes, vadios e sem rumo na vida", destinatários de políticas de repressão. Todas as premissas estão radicalmente equivocadas.

Isto porque o próprio Estatuto, como é cediço, prevê, para casos de abandono de criança ou adolescente, a aplicação de medidas protetivas, inclusive de acolhimento institucional. A medida de acolhimento é impositiva e restritiva de liberdade, eis que não é dada opção ao sujeito passivo que não se submeter à decisão judicial que impõe tal medida. Não por outra razão, tem-se aberto a via de questionamento da medida de acolhimento inclusive por habeas corpus, o que está a evidenciar tanto a impositividade quanto a natureza restritiva de liberdade. É o acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE PARENTESCO. ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE SIMULAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei n. 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. As medidas de proteção, tais como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificada quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA.
2. No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança E K está recebendo os cuidados e atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do



- impetrante. Não há, assim, em princípio, qualquer perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção intuitu personae, a chamada "adoção à brasileira", ao menos até o julgamento final da lide principal.
3. A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento de abrigo da criança, vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.
 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário.
 5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança.
 6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.
 7. Ordem concedida. (HC 279.059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014)

Nesta senda, ainda, a aplicação de tal medida exige o devido processo legal, com contraditório, o que restou evidenciado no texto do ECA a partir da edição da lei 12.010/09, com a inclusão do §2º no artigo 101 do Estatuto; portanto, para além da aplicação da medida protetiva extrema a crianças e adolescentes em situação de rua, a medida também é aplicável - e vem sendo aplicada cotidianamente - à população infanto-juvenil submetida a violência ou abandono das mais diversas espécies, ainda que não estejam em situação de rua.

Além do Estatuto da Criança e o Adolescente, a Lei nº 8.742/93, que criou o SUAS –Sistema Único de Assistência Social – e apresenta a organização e as formas de atuação a assistência social em todo território nacional, também dispõe sobre o acolhimento institucional.

A lei prevê a proteção social básica e a proteção social especial, em seu art. 6º-A:



“Art. 6o-A. A assistência social organiza-se pelos seguintes tipos de proteção:

I - proteção social básica: conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social que visa a prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

II - proteção social especial: conjunto de serviços, programas e projetos que tem por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos.”

Na Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais está prevista como proteção social especial de alta complexidade, o acolhimento institucional.

Embora não haja estudos amplos sobre o tema com a mesma metodologia, dois estudos despontam e permitem uma análise: aquele apresentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2013, que apontava para pouco mais de 30.000 (trinta mil) crianças e adolescentes acolhidos então¹; e o levantamento apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018, que aponta para cerca de 47.000 (quarenta e sete mil) crianças e adolescentes em acolhimentos². Ainda que se questione eventual diferença metodológica, dificilmente chegaremos à conclusão diversa da seguinte: o número de acolhimento no Brasil vem aumentando ano a ano, com a ampliação do escopo de aplicação do ECA e de atuação do Sistema de Garantia de Direitos.

Deste modo, não apenas o ECA não autoriza a omissão do Estado em relação à população infanto-juvenil que dele necessite, inclusive por estar em situação de abandono, como, na prática, verifica-se expressivo aumento da intervenção estatal nessa seara, decorrência natural de um paradigma protetivo que não busca, tão-somente, invisibilizar e conformar crianças e adolescentes miseráveis, mas proteger crianças e adolescentes, independente de qual extrato saiam tenham emergido. As hipóteses que autorizam o acolhimento, portanto, foram ampliadas, o que se reflete no aumento anual do número de acolhimentos, e não restringidas, como parece crer

¹ In <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-unidades-acolhimento.pdf>>. Acesso em 06.02.19.

² In <<https://observatorio3setor.org.br/carrossel/47-mil-criancas-e-adolescentes-vivem-em-abrigos-no-brasil/>>. Acesso em 06.02.19.



o requerente, o que parece conduzir à natural conclusão de que não há qualquer inconstitucionalidade nos artigos ora questionados, não apenas porque as razões apontadas não se sustentam, mas também porque o substrato fático é diferente do alegado pelo requerente.

É necessário se ter em mente que quando afirma o autor que *“crianças carentes, ainda que integrantes deste quadro dantesco e desumano, não mais poderão ser recolhidas pois adquiriram o direito de permanecer na sarjeta”* parece depositar na retirada compulsórias das “ruas” das crianças e adolescente a solução para sua proteção e marginalização. No entanto, há de se ter em vista que o Brasil é um país plural, no qual se encontram valores culturais diversos, de modo que se deve analisar a situação da criança dentro de seu contexto familiar e comunitário, atentando-se às suas peculiaridades, necessitando a efetivação de diversas políticas públicas para garantir a proteção das criança e adolescentes. Destaque-se:

“A situação de pobreza não explica e muito menos justifica os inúmeros casos de exploração e abuso de criança e adolescentes. Porém, ela constitui um dos desafios para os quais devem existir respostas priorizadas pelo poder público, pois desabilita a família no cumprimento de seu papel parental.

Neste sentido, defendemos a posição de que, diante da complexidade e multiplicidade do fenômeno, não há modelos ou respostas únicas e sim um amplo campo de possíveis medidas a serem tentadas. É preciso que exista um leque de ações que garantam a continuidade do atendimento aqueles que necessitem, sempre levando em consideração o contexto de vida da criança/adolescente e seus elos familiares e comunitário.”³

No mais, quanto ao item “c” acima exposto, verifica-se pela leitura que, claramente, o autor separa crianças e adolescentes em dois grupos: carentes, de um lado, perambulantes, vadios e sem rumo, de outro. Critica o autor o fato de não poder “recolher” crianças carentes que estão na sarjeta, e ter que, em outras palavras, “esperar os perambulantes, vadios e sem rumo” cometerem ato infracional para tomar alguma medida .

Veja-se que se trata, em verdade, de mais uma característica marcante do menorismo, embasada pela Lei n. 6.697/1978, Código de Menores, que continha

³ RIZZINI, Irene. Acolhendo Crianças e Adolescentes. Ed. Cortez, 2007, p. 127/128.



mecanismos para afastar os infratores e potenciais infratores (haja vista que não necessariamente se exigia o cometimento de ato infracional, mas apenas o desvio de conduta) da sociedade, tratando-se, em verdade, de uma política segregacionista, não de uma política de proteção. Nesta senda, o referido código previa, em seu art. 2º, o menor em situação irregular na hipótese de: “V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal..”

A essas duas “categorias” de menor, poderiam ser aplicadas, à época, medidas de liberdade assistida, semiliberdade e internação, que eram denominadas medidas de assistência e proteção, podendo ser aplicadas, inclusive, de ofício pelo Juízo.

Ocorre que o Estatuto da Criança e do Adolescente rompe com esta segmentação, na medida que adota o princípio da proteção integral, apontando na direção dos sistemas internacionais de proteção à criança e o adolescente, como a “Convenção sobre os direitos da criança”, contemporânea ao Estatuto, que foi adotada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/90, sendo que o Congresso Nacional a ratificou pelo Decreto Legislativo 28/90. Destaque-se:

“O art. 1º do Estatuto adota expressamente a doutrina da proteção integral. Essa opção do legislador fundou-se na interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais que elevaram ao nível máximo de validade e eficácia as normas internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança. Assim, pode-se apontar que o reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente se deu no Brasil já em um novo patamar, mais ligados aos processos emancipatórios e constituído por uma concepção de positivação dos direitos humanos, tornando-os fundamentais.”⁴

O “Plano Nacional de Promoção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária”, elaborado pela Presidência da República, prevê:

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos é resultado de um processo historicamente construído, marcado por

⁴ ALVES ROSSATO, Luciano; LÉPORE, Paulo Eduardo; SANCHES CUNHA, Rogério. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado por Artigo, 7ª edição, Ed. Saraiva, 2015, p. 59.



transformações ocorridas no Estado, na sociedade e na família. Como já exposto anteriormente no Marco Legal, do ponto de vista doutrinário, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária incorpora, na sua plenitude, a “doutrina da proteção integral”, que constitui a base da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com essa doutrina jurídica, a criança e o adolescente são considerados “sujeitos de direitos”. A palavra “sujeito” traduz a concepção da criança e do adolescente como indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias que, na sua relação com o adulto, não podem ser tratados como seres passivos, subalternos ou meros “objetos”, devendo participar das decisões que lhes dizem respeito, sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento.⁵

Deste modo, romper com a doutrina da proteção integral, é romper também com a Constituição da República e com normas internacional de proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Estas as razões pelas quais a Defensoria Pública do Paraná entende que, neste ponto, o pedido não merece acolhida.

3. DA NECESSIDADE DE ISONOMIA DE TRATAMENTO ENTRE OS PRESOS ADULTOS E AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO DE PESSOA PARA SIMPLES AVERIGUAÇÃO

Seguindo, os autores ainda requerem seja determinada interpretação conforme ao texto contido no preceito primário da norma incriminadora contida no art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶, com o intuito de permitir apreensão para simples averiguação (item 7.5 da inicial).

⁵ In

https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf

⁶ 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.



Num primeiro plano, esta previsão rompe com a tradição jurídico-constitucional brasileira de, *desde sempre*,⁷ exigir, dentre outros requisitos essenciais, a **necessidade de motivar toda a decisão judicial em um fato existente e conhecido pelo juiz ao momento da decisão**. E o que pretende o autor é a possibilidade jurídica de uma decisão restritiva a direito de liberdade com fundamento em fato a ser averiguado pelo juízo, portanto, não conhecido e indemonstrável. Em outras palavras: o pedido é para que seja declarado possível juridicamente a possibilidade de autoridade jurisdicional determinar a restrição a direito fundamental sem que tenha sido levado a sua cognição fato idôneo a motivar tal restrição.

Esta situação buscada pelo autor vai de encontro à previsão expressa da **Constituição da República**, a qual, em seu **art. 93, IX**, prevê que

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

Ora, é logicamente incompatível fundamentar uma decisão cerceadora de um direito fundamental, como o é o *direito à liberdade*, em um fato não conhecido pelo

⁷ Historicamente, desde há muito o direito brasileiro registra disposições considerando obrigatória a motivação das decisões judiciais, disposições estas oriundas da própria tradição jurídica luso-brasileira. A propósito, convém registrar como textos legais expoentes dessa tradição legislativa as **Ordenações Filipinas** (Livro III, Título LXVI, n. 7) e, em momento posterior, o **Regulamento 737, de 1850**, art. 232.

Posteriormente, à época das codificações processuais civis estaduais, prestigiou-se a tradição de positivizar a regra da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. (...)

Aponte-se, ainda, que a fundamentação decisória obrigatória estendeu-se às decisões administrativas, a teor do art. 93, X, da CF/1988 (LGL\1988\3).

Neste ponto, de se registrar curioso detalhe: a previsão constitucional da necessidade de motivação das decisões judiciais contraria tendência histórica e vezo de redação constitucional, dado que se está diante de uma das raras regras constitucionais cominatórias de nulidade decorrente de seu descumprimento. Adicionalmente, merece registro o fato de que constituições de diversas nações elevaram o princípio da motivação das decisões judiciais à estatura de princípio constitucional, como as cartas constitucionais da Bélgica, da Grécia, da Itália e de várias nações latino-americanas. Aliás, vale até indagar se não se está diante de norma formalmente constitucional, em oposição às normas materialmente constitucionais.

Apenas e tão-só à guisa de dado histórico, no ordenamento constitucional brasileiro pretérito, e aqui referimo-nos adrede à Constituição de 1969, inexistia trato expreso respeitante ao princípio da fundamentação das decisões judiciais. Os doutrinadores de direito processual constitucional entendiam que referido princípio defluía do § 4.º do art. 153 da Constituição de 1969. (MELLO, Rogerio L. T. de., Ponderações sobre a Motivação das Decisões Judiciais, in **Revista dos Tribunais** – Revista de Processo, vol. 111/2003, p. 273 – 289, Jul - Set / 2003)



juiz, mas, antes, que necessita ser averiguado *a partir da decisão* – e é justamente esta situação ilógica a intentada pelo ilustre postulante da presente ADI.

Ainda sobre o tema, obrigatória a menção ao **Código de Processo Civil**, que entrou em vigência após a propositura da presente ação de controle de constitucionalidade, o qual impõe, em seu art. 489, §1º, o cumprimento do seguinte requisito à toda decisão judicial:

Art. 489...

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O pleito descrito no **item 7.5** da inicial objetiva a criação de um permissivo jurídico, por via de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para excetuar a obrigação do juiz de infância e juventude de fundamentar adequadamente suas decisões. Impossível será, no panorama buscado pelos nobres autores, a existência de uma mínimo de controle racional e democrático das decisões que determinem a busca e apreensão de adolescentes fundamentados na necessidade de averiguar alguma situação de fato.

Nelson Nery Jr., ao escrever acerca da fundamentação e motivação das decisões judiciais, assevera que

A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF 5.º, trazendo, conseqüentemente, a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de



acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (“princípio do livre convencimento motivado”).

Ainda que os órgãos do Poder Judiciário decidam em matéria administrativa não jurisdicional, portanto, essas decisões deverão ser igualmente fundamentadas, quer porque a CF 93 IX não restringe o dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, quer porque o inciso X do mesmo artigo exige que as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas.⁸

Nesta mesma linha, Moacyr Amaral Santos, o qual descreve a decisão judicial como um “(...) *ato de vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes, como também a opinião pública.*”⁹ Assim, é a justiça da decisão judicial é verificada ao se poder conhecer os seus motivos, via fundamentação, sob pena de, ao não existir tal explicitações de fundamentos, aparentar ato meramente autoritário (ainda que seu motivo não o seja!).

Se vencedora essa hipótese, seriam as crianças e os adolescentes enquadrados, no que tange ao direito fundamental à liberdade, em uma *categoria menor* deste direito. A quem já tivesse completados dezoito anos de vida, apenas poder-se-ia cogitar a restrição à liberdade calcada em ordem judicial quando esta estivesse **fundamentada** em uma questão de fato que, ainda que em tese, pudesse ser emoldurada em um tipo penal. Contudo, se a pessoa ainda não completou dezoito anos de vida poderia ser prescindível que a restrição judicial a seu direito à liberdade seja **fundamentada** em uma questão de fato em tese emoldurado a um tipo penal: bastaria uma ordem genérica do juízo de infância e juventude para apreendê-lo. Assim, **neste cenário funesto requerido pelo digno autor, o motivo da apreensão não seria a prática de um fato pela pessoa, mas sim o fato desta pessoa não ter atingido a maioridade!** Após efetivada a apreensão é que seria “averiguado” se haveria alguma situação fática irregular com a criança ou o adolescente, que, ao caso, teria sido apreendido **unicamente por ser uma criança ou adolescente**, pois, se maior de dezoito anos, não seria submetido a tal tratamento.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal, São Paulo, RT*, p. 286

⁹ SANTOS, Moacyr A. Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, 1986, p. 407.



Lembra-se que é direito fundamental a todos os cidadãos brasileiros, não importando a idade, de que “***ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente***” (art. 5º, LXI, da CRFB). Assim, para ver-se sufragado o pedido 7.5 da presente ação concreta, necessário que haja enfrentamento da correta hermenêutica para aplicação da regra insculpida no art. 5º, LXI, da CRFB, pois necessário será adotar interpretação restritiva aos vocábulos “*ninguém*” e “*preso*” para abrangerem apenas os brasileiros com 18 anos completos.

Trata-se, à evidência, de um **discrepante tratamento conferido a quem ainda não atingiu a maioridade civil no que tange à liberdade individual de locomoção**: *ao adulto, a restrição da liberdade deve, necessariamente, estar fundamentada numa causa penal; à criança e ao adolescente, poderia, se prevalecer a interpretação conforme pugnada pelos autores, a restrição da liberdade estar fundamentada na necessidade de averiguar um fato.*

Esta **Corte Excelsa já firmou posição jurisprudencial** de que aos adolescentes, quando submetidos ao procedimento de apuração de ato infracional – *única hipótese jurídica de restrição à liberdade individual de adolescente* – deve-se dispensar o mesmo tratamento, e isso inclui às garantias jurídico-processuais estendidas a adultos em situação análoga, ou seja, quando restringida sua liberdade por uma questão penal. Cita-se, abaixo, dois precedentes jurisprudenciais exemplificativos de referido entendimento pacífico.

“HABEAS CORPUS” - ADOLESCENTE SUBMETIDO A PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE AMEAÇA (CP, ART. 147) - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL, QUE REDUZ, PELA METADE, O PRAZO PRESCRICIONAL - RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO, DE OFÍCIO. - Aplica-se ao menor infrator o instituto da prescrição penal, ainda que não disciplinado na legislação especial a que se submetem os atos infracionais praticados por adolescente (Lei nº 8.069/1990), regendo-se tais hipóteses pelo regime jurídico previsto no Código Penal (art. 115), pois, por ser mais favorável, nesse aspecto, deve ser estendido aos procedimentos de apuração dos atos infracionais, reconhecendo-se a aplicabilidade do benefício que reduz à metade o prazo prescricional em relação ao menor de vinte e um (21) anos.



(HC 107200 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011 RT v. 101, n. 919, 2012, p. 686-693)

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – IMPETRAÇÃO DEDUZIDA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR DA UNIÃO – HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO “WRIT” CONSTITUCIONAL – DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA POR AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA, QUE ENTENDE CABÍVEL O “WRIT” CONTRA DECISÕES MONOCRÁTICAS – CONFIGURAÇÃO, ENTRETANTO, DE EVIDENTE SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO AO “STATUS LIBERTATIS” DO PACIENTE – IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO A ADOLESCENTE QUE PRATICOU ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006, PARA O QUAL NÃO SE COMINA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, MAS, TÃO SÓ, PENA MERAMENTE RESTRITIVA DE DIREITOS – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – “HABEAS CORPUS” NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. – A criança e o adolescente recebem especial amparo que lhes é dispensado pela própria Constituição da República, cujo texto consagra, como diretriz fundamental e vetor condicionante da atuação da família, da sociedade e do Estado (CF, art. 227), o princípio da proteção integral. – O sistema de direito positivo, ao dispor sobre o menor adolescente em situação de conflito com a lei, nas hipóteses em que venha ele a cometer ato infracional – a cuja prática se estende o princípio da insignificância (HC 102.655/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) –, objetiva implementar programas e planos de atendimento socioeducativo, cuja precípua função – entre aquelas definidas na Lei nº 12.594/2012 – consiste em promover a integração social do adolescente, garantindo-lhe a integridade de seus direitos, mediante execução de plano individual de atendimento, respeitados, sempre, o estágio de desenvolvimento e a capacidade de compreensão do menor inimputável. – **Revela-se contrário ao sistema jurídico, por subverter o princípio da proteção integral do menor inimputável, impor ao adolescente – que eventualmente pratique ato infracional consistente em possuir drogas para consumo próprio – a medida extraordinária de internação, pois nem mesmo a pessoa maior de dezoito anos de idade, imputável, pode sofrer a privação da liberdade por efeito de transgressão ao art. 28 da Lei nº 11.343/2006.** Precedente.

(HC 124682, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015)

A liberdade da pessoa presa ou apreendido, principalmente a situação concreta em que esta se insere após a prisão, foi enfrentada quando da discussão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, pela qual, dentre outras questões, fixou-se o entendimento seguinte:

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o



comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Tal dispositivo, que determinou a obrigação de audiência de custódia de todas as pessoas presas, visava, dentre outros objetivos, impedir que fosse mantida prisões desnecessárias (e aqui se incluem as ilegais), haja vista o estado inconstitucional das coisas relativas à situação carcerária no país. Como argumentado, pela audiência de custódia, impede-se que seja mantido no cárcere quem fora preso sem haver indicação de ter concorrido, ainda que em tese, para a prática de um fato criminoso, pois tratar-se-ia de uma prisão ilegal e, além de desnecessária, proibida. Assim, além de inexistir a previsão jurídica para prisão de adulto para simples averiguação, há a institucionalização de práticas judiciais, como a audiência de custódia, para impedir que este abuso ocorra.

Nessa linha de abordagem os **documentos internacionais de proteção ao jovem submetido à justiça e privado de liberdade**, como tratar-se-á adiante.

As **Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade**, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, é aberta em fixar que **o cerceamento à liberdade de menores é excepcional e deve, sempre, estar atrelada a um fato tipicamente criminoso**.

Veja-se, quanto a esta temática, os seguinte itens:

2. Os menores só devem ser privados de liberdade de acordo com os princípios e processos estabelecidos nestas Regras e nas Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing). **A privação de liberdade de um menor deve ser uma medida de último recurso e pelo período mínimo necessário e deve ser limitada a casos excepcionais**. A duração da sanção deve ser determinada por uma autoridade judicial, sem excluir a possibilidade de uma libertação antecipada.

28. **A detenção de menores só deve ter lugar em condições que tenham em consideração as suas necessidades particulares, estatuto e requisitos especiais, exigidos pela sua idade, personalidade, sexo e tipo de crime**, assim como sua saúde física e mental, e que assegurem a sua proteção contra influências perniciosas e situações de risco. O principal critério de classificação das diferentes categorias de menores privados de liberdade deve basear-se no tipo de tratamento que melhor se adapte às necessidades especiais dos indivíduos a que dizem respeito, e à proteção da sua integridade física, mental e moral e do seu bem-estar.



Exemplar e necessário também à menção às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil, conhecidas por **Regras de Beijim**, recomendadas no 7.º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinquente, realizado em Milão em 26/08 a 06/09/1985 e adotada pela Assembleia Geral em 29/11/1985.

Segundo tal documento de Direitos Humanos, em seu item 17.1,

A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios:

- a) A resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade.
- b) As restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível.
- c) **Não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;**

Ainda, é expresso, em seu item 7.1, que ao adolescente em situação de delinquência deve-se respeitar *“as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.”*

Por fim, subsiste, ainda que dada interpretação conforme como pleiteada pelo insigne autor ao texto da norma inserta no art. 230 do ECA, a previsão geral contida no **art. 3º, a, e art. 4º, a, ambos da Lei nº 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade)**: *Constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção e constitui também abuso de autoridade ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.* Como se observa, o tipo penal trazido na legislação protetiva trata-se de uma forma específico daquele tipo penal já insculpido pela Lei de Abuso de Liberdade – norma mais geral.



Desta feita, **o pedido expresso no item 7.5 da petição inicial é juridicamente impossível**, ainda que proferida decisão nesse sentido por esta Excelsa e Nobilíssima Corte Constitucional ou mesmo que fosse revogado este artigo pelo Legislador. Isto **porque não é possível cogitar em hipótese fática em que a conduta de 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 seja lícita**, pois sempre será enquadrada em uma das hipóteses fáticas dos tipos penais elencados na Lei 4.898/1965.

Ante tais razões, a Defensoria Pública do Estado do Paraná manifesta-se pela **rejeição do pedido de ser dada interpretação conforme ao art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente para permitir a apreensão para simples averiguação de adolescente**, quer por haver impossibilidade lógica em fundamentar adequadamente decisão judicial nesse sentido, quer por contrariar a posição jurisprudencial consolidada deste Excelso Tribunal Constitucional, quer por ofender as regras mínimas internacionais de proteção aos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, quer por ser pedido juridicamente impossível.

4. DO FATO DEFINIDO COMO CRIME PRATICADO POR CRIANÇA. DAS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR.

Os autores buscam, ainda, apontar inconstitucionalidade dos artigos 105, 136 e 138 do ECA, a partir da seguinte fundamentação, apresentada à fl. 17:

Ressalta a inconstitucionalidade da exclusão do ato infracional da criança pelo Judiciário, uma vez que a Constituição Federal não estabeleceu, para efeito de apuração, e aplicabilidade das medidas, qualquer distinção entre criança e adolescente (art. 227, § 3º, IV e V). Resulta, da diversidade de tratamento estabelecida pelo ECA, um descompasso com a lei maior. Embora atribuindo à criança a prática de ato infracional, estabelece procedimento diferente para a sua apuração, sujeitando-a a medidas apenas de proteção, diferentemente do que acontece com o adolescente (art. 105 e 112, I a VI). Além disso, retira do Judiciário a competência para a apreciação do ato infracional praticado por criança, atribuindo-a ao Conselho Tutelar que, segundo o art. 131, não é órgão jurisdicional.



O erro na argumentação é cristalino, salta aos olhos. Começemos pela, com a devida vênua, *equivocadíssima* interpretação que surge ao final do trecho retro transcrito: parece o autor imaginar que apenas ao Conselho Tutelar cabe a imposição de medidas protetivas, sendo vedado ao juízo fazê-lo. Ocorre que o texto legal não traz tal restrição; antes, restringe ao Conselho Tutelar a imposição de medidas de acolhimento (artigo 136, I da lei regente).

Aliás, nem poderia haver restrição à intervenção judiciária nesta seara, eis que, para além do direito constitucional à jurisdição, esta Corte Suprema consagrou a teoria dos poderes implícitos (RE 593727/MG), e sua decorrência lógica, nesta seara, é que se pode o magistrado determinar a medida extrema de acolhimento, com maior razão poderá aplicar medidas outras, menos invasivas, inclusive do princípio de *intervenção mínima*, consagrado no artigo 100, VI, do Estatuto em discussão. A argumentação neste ponto é bizantina, eis que cotidianamente desmentida pela prática forense, milhares de vezes a cada dia.

Questiona ainda o autor a constitucionalidade da distinção de tratamento entre crianças e adolescentes, quando praticam fato definido pela legislação penal como crime, fazendo uma *estranhíssima* alusão ao artigo 227, §3º da Carta Maior, que invoca como paradigma.

A norma constitucional invocada merece transcrição, em especial no que tange ao inciso IV, *in verbis*:

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

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;



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;

[...]

À toda evidencia, não determina a Constituição, como parece argumentar o autor, que a legislação específica determine a aplicação de medidas socioeducativas a crianças, quando estas porventura praticarem fato definido como crime. O que a norma constitucional invocada garante é o devido processo a todo aquele que vier a ser processado pela prática de ato infracional. Trata-se de garantia processual, e não de mandamento de criminalização e, muito menos, de punição por alguma forma específica. É de se notar que o termo “medida socioeducativa” nem sequer aparece na Constituição Federal.

Aliás, a argumentação torna-se ainda mais equivocada quando percebemos que a norma constitucional sequer impõe a aplicação de medida socioeducativa a *adolescente* que cometa ato infracional, permitindo à legislação de regência a imposição de medidas outras, tudo no melhor interesse da criança e do adolescente.

E nota-se que, de fato, o ECA autoriza a aplicação de medidas protetivas ao adolescente autor de ato infracional de modo expresso (artigo 112, VII). Pergunta-se: poderia a legislação de regência diferenciar crianças e adolescentes que pratiquem fato definido pela lei penal como crime, sem violar a Constituição Federal?

É de se notar, inicialmente, que a própria Constituição Federal já traça a primeira distinção, no próprio artigo 227, caput, ao tratar da criança, do adolescente e do jovem como sujeitos distintos¹⁰.

¹⁰Inclusive em razão da alteração feita no texto constitucional, pela EC 65/10, tivemos o advento do Estatuto da Juventude, estabelecendo direitos específicos para pessoas entre quinze e vinte e nove anos de idade (lei 12.852/13)



Aliás, quando o autor busca elidir a distinção entre criança e adolescente, poderíamos *acusar* o autor de pretender ressuscitar o Código de Menores (lei 6697/79) por via transversa, mas não seria observação acurada. Isto porque mesmo o Código de Menores, aplicado em outro contexto e com outra Constituição paradigmática, previa distinção de tratamento, ao menos processual, entre crianças e adolescentes, como podemos observar pela simples leitura dos artigos 100, 101 e 102, que diferenciava a situação dos *menores* de dez anos, daqueles que contavam entre dez e catorze anos, e dos maiores de catorze anos (até os dezoito).

Prosseguindo, é de se notar que: a) a Constituição diferencia criança, adolescente e jovem, mas não conceitua; b) no que tange especificamente à responsabilização socioeducativa, a própria Carta Maior delega à legislação de regência a regulamentação do processo socioeducativo.

Neste sentido, para arguir a inconstitucionalidade da distinção entre criança e adolescente e de eventual tratamento diferenciado feita em legislação infraconstitucional, deveria o autor arguir, como questão de fundo, a impossibilidade de qualquer lei explicitar e regulamentar direitos e garantias assegurados na Constituição, o que é, obviamente e com todas as vênias, absurdo.

Aliás, é justamente na impossibilidade de tecer este tipo de argumentação que o autor busca encontrar, na garantia da proteção especial, o fundamento para elidir a diferença entre criança e adolescente apenas no que tange à responsabilização socioeducativa. Faz-se necessário, portanto, e para deixar estreme de dúvidas, analisar brevemente a garantia estatuída constitucionalmente.

Como bem apontam MORAES e TEIXEIRA, a proteção especial é destinada a crianças e adolescentes *por serem* pessoas em desenvolvimento, e é decorrência do princípio do melhor interesse, bem como da doutrina da proteção integral, exigindo do



Estado uma postura ativa para a concretização dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente¹¹.

Decorrencia do princípio do *melhor interesse*, portanto, que foi consagrado internacionalmente no 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança (1959), segundo o qual “os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”. Princípio que, aliás, é corolário da doutrina da proteção integral¹², que orientou os mandamentos constitucionais pátrios no tema, atribuindo, a crianças e adolescentes, a condição de sujeitos de direito, e não meros objetos de intervenção, assegurando-lhes direitos específicos, que levem em consideração sua condição de pessoas em desenvolvimento.

Obviamente, existe um conflito potencial entre direitos de liberdade, atribuídos a crianças e adolescentes, e direitos de proteção, dos quais também são titulares.

Ocorre que é na aplicação, como não poderia deixar de sê-lo, que tal potencial conflito deve ser dirimido, sempre com as vistas voltadas ao melhor interesse.

O que não se admite é retirar, das crianças e adolescentes, a condição de sujeitos de direito e, portanto, tomar decisões acerca destes sujeitos sem ouvi-los previamente - garantia que, aliás, restou consagrada no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Não se trata, como parece crer o autor, de se autorizar a crianças e adolescentes que perambularem pelas ruas praticando toda sorte de malfeitos, e sim de evitar que tenham *menos* direitos que adultos pela simples razão de não serem ainda adultos, o que levaria a um indesejado e odioso retorno a tempos medievais, em que sequer se permitia a crianças e adolescentes comerem à mesa com adultos.

Aliás, como bem aponta DIGIACOMO:

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2130.

¹² Id, ibid, p. 2128.



O Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, vem em resposta à nova orientação constitucional e à normativa internacional relativa à matéria, deixando claro, desde logo, seu objetivo fundamental: a proteção integral de crianças e adolescentes. Daí porque a análise conjunta do contido neste e nos arts. 3o, 4o, 5o, 6o e 100, par. único (notadamente seu inciso II), do ECA, nos leva à conclusão lógica (e teleológica) de que nenhuma disposição estatutária pode ser interpretada e muito menos aplicada em prejuízo de crianças e adolescentes, servindo sim para exigir da família, da sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, o efetivo respeito a seus direitos relacionados neste e em outros Diplomas Legais, inclusive sob pena de responsabilidade (cf. arts. 5o, 208 e 216, do ECA).¹³

Assiste razão ao i. Procurador: interpretar o ECA em desfavor de sujeito que merece especialíssima proteção, a criança, fere de morte não apenas o espírito do Estatuto, mas também todas as normas elencadas. Pretender enxergar no mandamento de proteção especial mandamento também de imposição de medidas socioeducativas a crianças, quando nem mesmo aos adolescentes tal imposição é obrigatória, é "interpretação", com todas as vênias, em total dissonância com o ordenamento jurídico pátrio e internacional, razão pela qual também neste ponto, o pleito não merece acolhida.

5. DA APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DO TRATAMENTO MAIS BENÉFICO DADO A ATOS INFRACIONAIS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA.

Por fim, questionam os autores a constitucionalidade do artigo 122, II do ECA, argumentando:

A impugnação dos incisos referidos decorre, na espécie, em razão de flagrante inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (C.F.! art. 5º, LIV). Uma vez retirados do mundo jurídico, permitirão que as medidas de internação possam ser aplicadas quando houver o cometimento de outras infrações graves, sem a necessidade da prática de reiterados atos infracionais pelos menores.

¹³ DIGIACOMO, Murillo José. **ECA anotado e interpretado**. 7ª Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017, p. 3.



Novamente, vemos a pretensão de interpretar garantia do Estatuto em desfavor do sujeito que é protegido.

A jurisprudência sempre se debateu sobre o significado da expressão “reiteração”, e, à época da propositura da ação, o debate ainda fervilhava. Ocorre que, por muito tempo, a posição predominante era a do E. Superior Tribunal de Justiça, fixada nos autos do HC 136.519/RS, que entendia que, para haver reiteração (e distinguir a situação da simples reincidência), far-se-iam necessários aferir 3 (três) atos infracionais graves distintos. Ocorre que tal entendimento vem sendo solapado por julgados desta Suprema Corte¹⁴ e do próprio Superior Tribunal de Justiça¹⁵ e, hoje, parece estar consolidada indistinção entre reiteração e reincidência.

A matéria, portanto, foi examinada diversas vezes por esta Suprema Corte, ao menos tangencialmente, e não houve reconhecimento nem em *obiter dictum* de inconstitucionalidade. E nem poderia haver, eis que trata-se de garantia conferida ao adolescente, restringindo o poder punitivo do Estado em situação excepcional. Pretender interpretar tal garantia em seu desfavor, como já expusemos, fere de morte a base principiológica do ECA, voltada à garantia da proteção integral.

Em regra e no cotidiano forense - e neste momento é preciso voltar os olhos à prática -, ato infracional grave sem violência ou grave ameaça é tráfico de drogas, sem sombra de dúvidas. Houve aqui opção do legislador em não institucionalizar, de pronto, o adolescente nestas hipóteses, seja porque a guerra às drogas parece cada vez mais condenada ao fracasso (o que tem motivado, inclusive, sucessivas alterações na lei 11.340/06 e debates intensos sobre o tratamento que deve ser dado ao pequeno traficante, evitando o encarceramento), seja porque, em regra, é o adolescente *vítima* da ação de grupos criminosos organizados.

¹⁴ HC 84.218/SP, rel. Min Joaquim Barbosa, DJe 18.04.08, dentre diversos outros.

¹⁵RHC 76.252/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15.12.16.



Tanto é verdadeiro que o legislador quis tratar de modo diferenciado esta espécie de crimes que o Estado do Paraná, ao regulamentar a Central de Vagas, atribuiu baixa pontuação ao ato infracional de tráfico de drogas, conforme a Resolução SEJU 169/18 em anexo ¹⁶ e, portanto, dificilmente conduzindo à internação o adolescente que pratique tal ato infracional; o que não significa que o Estado não dê resposta a esta espécie de ato infracional, mas tão somente que não entende que a internação seja o caminho adequado. E, como é notório, ainda assim o sistema socioeducativo paranaense é modelar, bem como o sistema protetivo.

Retomando a discussão: não se pode deixar de mencionar que a condição de vítima do adolescente, nestes casos, decorre diretamente do texto do artigo 3, “c”, da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho, e deveria levar à aplicação de medidas protetivas, como determina a legislação pátria quando tratamento de adolescentes vitimizados. Afinal, trata-se de tratado internacional de Direitos Humanos, assinado pelo Brasil, e, portanto, como já decidiu esta Suprema Corte, deveria conformar a legislação pátria infraconstitucional, inclusive a lei 11.340/06 e o próprio Estatuto.

A se admitir a “interpretação” sugerida pelo autor do artigo 122, II do ECA, estaríamos a um só tempo violando a base principiológica em destaque no artigo 100 do Estatuto, o artigo retro citado da Convenção 182/OIT, e ainda o mandamento de proteção integral encartado no artigo 127 da Constituição Federal. O “princípio da proporcionalidade” que o autor invoca como norma paradigmática é, no direito brasileiro, decorrência do devido processo legal, construção originalíssima tecida por esta Suprema Corte¹⁷.

¹⁶ O Paraná criou um sistema, denominado "Central de Vagas", para gerenciar as vagas limitadas frente aos inúmeros decretos de internação. Todo o Sistema de Garantia de Direitos (Tribunal de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública), via de regra, não discorda do sistema criado, que atribuiu um sistema de pontuação, concedendo a vaga no meio fechado aos adolescente que atinjam as pontuações mais elevadas. Caso haja decisão pela internação e não haja vagas, o magistrado deve substituir a medida por outra em meio aberto em 30 (trinta) dias, como, aliás, decidiu a Corte Paranaense nos autos do HC 32855-84.2018.8.16.0000.

¹⁷MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 431.



A mera alegação não basta, no entanto. A “proporcionalidade em sentido estrito” é, na verdade, balanço, *ponderação* entre meio utilizado e fim almejado. Portanto, a argumentação em torno de tal subprincípio não é meramente teórica; antes, clama por um *balançar de olhos* frente à realidade material que se almeja atingir. Os autores, porém, não apresentam argumentos fáticos neste sentido, mas tão somente alegações sem maior esteio concreto, o que já torna o argumento apresentado inócuo.⁷⁷

Ocorre que é desnecessário aqui tecer argumentações contrárias à política de encarceramento no que tange ao tráfico de drogas, bem como ao fracasso à guerra às drogas e argumentações afins; bastam, aqui, as palavras do Min. GILMAR MENDES: “é no âmbito das *garantias do processo* que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável”¹⁸.

Pretender utilizá-lo, portanto, para alquebrar garantias estabelecida em favor de sujeitos que necessitam de especial proteção não apenas não apenas não é autorizado pela interpretação que a Corte vem tecendo em torno deste princípio, como também, na esteira desta mesma interpretação, viola-o frontalmente. Deste modo, também aqui o pleito merece rechaço.

6. DO PEDIDO

Ante o exposto, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ REQUER a Vossa Excelência:

- a) Seja admitida a intervenção da Defensoria Pública Paranaense na qualidade de *amicus curiae* no presente feito, apresentando, desde já, o parecer;

¹⁸ Id, *ibid*, p. 431.



-
- b) A intimação de todos os atos do processo, bem como seja assegurada aos postulantes a possibilidade de sustentar oralmente seus argumentos quando da apreciação do mérito.

T. em que, p. deferimento.

Curitiba, 21 de fevereiro de 2019

Marcelo Lucena Diniz
Defensor Público Coordenador do NUDIJ

Fernando Redede Rodrigues
Defensor Público auxiliar do NUDIJ

Ana Caroline Teixeira
Defensora Pública colaboradora do NUDIJ