

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

v. 5 n. 26 2020

Infância e Juventude **A prioridade absoluta de** **crianças e adolescentes na** **Defensoria Pública**



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2020 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

v. 5 n.26 2020 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Florisvaldo Fiorentino Júnior

Defensor Público Diretor da EDEPE

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Defensores/as Públicos/as Assistentes da EDEPE

Peter Gabriel Molinari Schweikert

Giancarlo Silkunas Vay

Leila Rocha Sponton

Corpo Editorial

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Peter Gabriel Molinari Schweikert

Giancarlo Silkunas Vay

Leila Rocha Sponton

Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Diagramação

EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.def.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos deste Caderno, desde que citada a fonte.

Ana Carolina Oliveira Golvim Schwan (Org.)

Daniel Palotti Secco (Org.)

Rodrigo Azambuja Martins (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

A prioridade absoluta de crianças e adolescentes na Defensoria Pública

1ª edição

São Paulo

EDEPE - Escola da Defensoria Pública do Estado

2020

| | | | | | |
|--|-----------|-----|------|----------|----------|
| Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo | São Paulo | v.5 | n.26 | p. 1-264 | dez/2020 |
|--|-----------|-----|------|----------|----------|

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – v. 1, n. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016- .

ISSN 2526-5199

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito Civil; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

*A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail:
escola@defensoria.sp.def.br*



Sumário

| | |
|--|-----|
| Apresentação | 8 |
| <i>Ana Carolina Oliveira Golvim Schwan</i> | |
| <i>Daniel Palotti Secco</i> | |
| <i>Rodrigo Azambuja Martins</i> | |
| Do menorismo ao Estatuto da Criança e do Adolescente: presunção de inocência para todos e para todas..... | 10 |
| <i>Giuliano D'Andrea</i> | |
| <i>Guilherme Paulo Marques</i> | |
| <i>Leonildo Aparecido Reis Machado</i> | |
| O procedimento especial para controle das restrições ao direito à convivência familiar e comunitária: uma omissão inconstitucional..... | 35 |
| <i>Bruno César da Silva</i> | |
| <i>Peter Gabriel Molinari Schweikert</i> | |
| A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na defesa e proteção de crianças e adolescentes perante o STJ e o STF em 30 anos de ECA..... | 50 |
| <i>Rafael Munerati</i> | |
| Um relato de experiência a partir do Projeto “Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto - SP”: alguns apontamentos sobre articulação em rede e atuação extraprocessual na defesa de crianças e adolescentes..... | 71 |
| <i>Bruno César da Silva</i> | |
| <i>Mariana Albuquerque Zan</i> | |
| A importância do papel institucional da Defensoria Pública na implementação prioritária de políticas públicas na área da infância e da juventude..... | 87 |
| <i>Alira Cristina de Menezes Pereira</i> | |
| <i>Bianca Duarte Branco Caribé</i> | |
| <i>Kassandra Campos Pinto Lopes Gomes</i> | |
| Parâmetros para a atuação institucional da Defensoria Pública em políticas públicas a partir da problemática de crianças e adolescentes em situação de rua..... | 102 |
| <i>Bruno César da Silva</i> | |
| <i>Danielle Zoega Rosim</i> | |
| <i>Maurício Buosi Lemes</i> | |

| | |
|---|-----|
| Medida protetiva de acolhimento sob o viés do ECA: priorização do núcleo familiar..... | 118 |
| <i>Katia C. Oliveira Giraldi</i> | |
| <i>Carolina Lazzaro Barbosa</i> | |
| Pós-democracia, acolhimento e adoção: avaliando um discurso pela velocidade/eficiência..... | 127 |
| <i>Pedro de Souza Fialho</i> | |
| A Atuação da Defensoria Pública na Defesa de Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência..... | 144 |
| <i>Ana Carolina Oliveira Golvim Schwan</i> | |
| Acesso à justiça de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito: o defensor da criança como figura essencial para efetivação da doutrina da proteção integral..... | 155 |
| <i>Daniele Bellettato Nesrala</i> | |
| <i>Ana Carolina Oliveira Golvim Schwan</i> | |
| <i>Marcelo Lucena Diniz</i> | |
| O castigo físico em crianças..... | 175 |
| <i>Daniel Diamantaras de Figueiredo</i> | |
| Hospitalidade, empatia e socioeducação..... | 197 |
| <i>Fernando Augusto Pinto da Silva</i> | |
| <i>Giancarlo Silkunas Vay</i> | |
| Por que não acolher crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas? O que fazer?..... | 210 |
| <i>Marcelo Dayrell Vivas</i> | |
| Para uma atuação interdisciplinar crítica da Defensoria Pública nas medidas socioeducativas: Direito e Serviço Social..... | 230 |
| <i>Rodrigo Augusto T. M. Leal da Silva</i> | |
| A destituição do poder familiar de mulheres presas - considerações sobre a violação de direitos e estratégias de atuação defensiva..... | 245 |
| <i>Davi Quintanilha Failde de Azevedo</i> | |
| <i>Douglas Schauerhuber Nunes</i> | |



Apresentação

Ana Carolina Oliveira Golvim Schwan

Defensora Pública do Estado de São Paulo
Coordenadora do Núcleo Especializado da Infância e Juventude

Daniel Palotti Secco

Defensor Público do Estado de São Paulo
Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado da Infância e Juventude

Rodrigo Azambuja Martins

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
Coordenador da Comissão de Promoção e Defesa da Criança e do Adolescente do CONDEGE

Datas de aniversário sempre são momentos de reflexões. E quando este aniversário é uma data historicamente importante e simbólica, principalmente quando representa um marco temporal significativo, como este ano em que o Estatuto da Criança e do Adolescente completou 30 anos de existência é extremamente produtivo que possamos fazer um balanço dos avanços, retrocessos, continuidades, alcance e compatibilidade com a atual realidade.

Ponderações estas que são reforçadas pelo fato de que no mesmo ano em que o maior instrumento legal de direitos de crianças e adolescentes comemora 30 anos o mundo vive uma pandemia que alterou significativamente a rotina de todos e demonstrou que na prática este público é ignorado quando do planejamento de políticas públicas e seus direitos fortemente violados, escancarando o descumprimento do comando constitucional de garantia de direitos com prioridade absoluta.

Um dos pontos mais relevantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, é reforçar como novo paradigma do Direito da Infância e Juventude, o mandamento constitucional da prioridade absoluta e estabelecer parâmetros mínimos para sua implementação, no art. 4º.

Mesmo antes da edição do Estatuto, a Constituição Federal determinou que crianças e adolescentes são sujeitos de direito e que estes devem ser assegurados por Estado, família e sociedade com prioridade absoluta.

A mesma Constituição Federal que formalizou a Doutrina da Proteção Integral no Brasil, em seu espírito democrático, previu a Defensoria Pública, em seu art. 134, como a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Sendo que, a LC nº 80/ 94, que prescreve normas gerais de organização das Defensorias Públicas, coloca como uma de suas



funções institucionais exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, conforme art. 4º, XI.

Assim, considerando que a Defensoria Pública é a instituição que deve exercer a defesa dos interesses de crianças e adolescentes, cujos direitos devem ser garantidos com prioridade absoluta, e que o descompasso entre a programação normativa e a realidade fática de crianças e adolescentes é gigantesca, é o momento de refletirmos, questionarmos, debatermos, como as Defensorias Públicas atuam interna e externamente para garantia da prioridade absoluta.

É com o intuito de contribuir com este debate que publicamos mais esta edição dos “Cadernos da Defensoria Pública”. Os artigos aqui reunidos trazem uma pluralidade de visões, dados fáticos, discussões doutrinárias e jurisprudenciais e a própria experiência vivenciada no dia a dia de quem atua na área da infância e juventude. Trata-se de uma contribuição preciosa ao debate desta área do Direito que é tão pouco discutida na academia, nos debates doutrinários e mesmo na jurisprudência.

Esperamos que este Caderno possa contribuir com o debate, bem como fornecer instrumentos teóricos e práticos a todos aqueles e todas aquelas que, como nós, buscam ver garantidos os direitos de crianças e adolescentes no nosso país. Boa leitura!



Do *menorismo* ao Estatuto da Criança e do Adolescente: presunção de inocência para todos e para todas

From minorism to the Child and Adolescent Statute: presumption of innocence for all

Giuliano D'Andrea

Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo
giulianodandrea@gmail.com

Guilherme Paulo Marques

Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo
guidefensoria@gmail.com

Leonildo Aparecido Reis Machado

Agente de Defensoria Pública - Defensoria Pública do Estado de São Paulo
leonildomachado@outlook.com

Resumo

O objetivo deste breve estudo é demonstrar, face à presunção de inocência, que a eficácia da sentença que impõe uma medida socioeducativa está condicionada ao seu trânsito em julgado, entendimento corroborado pelo julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 do Supremo Tribunal Federal, que constitui precedente vinculante. Antes disso, discorreremos sobre a regra vigente que atribui ao recurso de apelação o efeito suspensivo, inexistindo no Código de Processo Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente exceção a essa regra no que tange ao processo de apuração de ato infracional. Alicerçado na pesquisa bibliográfica e de uma experiência interdisciplinar de saberes perpassando o Direito e o Serviço Social, propomos a reflexão sobre presunção de inocência a partir da realidade social de adolescentes atendidos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Além disso, buscamos desconstruir os argumentos utilizados predominantemente pelos Tribunais para justificar, sob o pressuposto de proteção, a imediata execução das medidas socioeducativas impostas por sentenças de primeira instância.

Palavras-Chave: Medida socioeducativa. Presunção de inocência. Efeito suspensivo.

Abstract

The purpose of this brief study is to demonstrate, given the presumption of innocence, that the effectiveness of the sentence that imposes a socio-educational measure is conditioned to its final decision, understanding supported by the judgment of the Brazilian Supreme Court's constitutional declaratory actions 43, 44 and 54 Federal Constitution, which is a mandatory precedent. Before that, we discussed the current rule that gives the appeal the suspensive effect, with no exception to this rule in the Civil Procedure Code or the Child and Adolescent Statute with regard to the investigation of an infraction. Based on bibliographic research and an interdisciplinary experience of knowledge permeating Law and Social Work, we propose a reflection on the presumption of innocence from the social reality of adolescents served by the Public Defender of the State of São Paulo. In addition, we seek to deconstruct the arguments used predominantly by the Courts to justify, under the assumption of protection, the immediate execution of the socio-educational measures imposed by first instance judgments.

Keywords: Socio-educational measure. Presumption of innocence. Suspensive effect.

Introdução



A evolução do direito da criança e do adolescente no Brasil foi lenta. Até meados Século XIX inexistia uma divisão concreta entre o jovem e o adulto. No período do Império, a legislação relacionada à criança e ao adolescente era voltada à imputação criminal (ordenações Afonsinas, Código Criminal do Império e Código Penal de 1890). O atendimento assistencial, nessa época, era direcionado à criança abandonada, geralmente realizado por instituições privadas ligadas à Igreja, configurando-se como fase filantrópica-assistencial, modelo herdado de Portugal e calcado nas Santas Casas de Misericórdia.

Em 1906, o então deputado Alcino Guanabara propôs projeto de lei para assistência à infância, que tramitou por 20 anos até o lançamento, em 1927, do primeiro código de menores (decreto 17.943-A/27) denominado Melo Matos, homenagem a José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro juiz de menores do Brasil (Um ano antes fora instituído o decreto 5.083/26, norma programática que previa a criação do citado Código de Menores). O código era dirigido aos menores abandonados e ditos “delinquentes”. Daí até os anos 60 pouca mudança existiu. Em 1964 a Ditadura estava instalada e concentrou todo o controle sobre si. Propugnava-se, teoricamente, ao desenvolvimento econômico-social. No mesmo ano foi criada a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) e as, no âmbito estadual, as FEBEMs (Fundação Estadual do Bem-estar do Menor), com o objetivo de centralizar e unificar a **assistência ao menor**. Quinze anos depois disso, o código de menores de 1927 foi substituído pelo de 1979 (lei 6.697), cujas disposições continuavam restritas aos **menores abandonados e infratores**, chamados de **em situação irregular**. A fase que vai do código Melo Matos até a vigência do Código de Menores de 1979 é denominada, pela doutrina, de fase ou etapa tutelar, que foi um período caracterizado pela colocação da criança e do adolescente como objeto de intervenção estatal e não como sujeitos de direitos. Sposato (2013) descreve suas principais características:

[...] A manutenção da lógica tutelar no modelo de regulação de justiça juvenil brasileiro é confirmada pela presença das cinco principais características dos modelos de proteção: a) negação de sua natureza penal; b) indeterminação das medidas aplicáveis; c) recusa ao critério de imputabilidade; d) ausência de garantias jurídicas; e e) amplo arbítrio judicial.

Nessa fase, que perdurou até a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a vinculação da pobreza à incapacidade ou ao abandono, serviu para justificar práticas de controle social e camuflar um processo de desenvolvimento econômico desordenado e desigual.

À intervenção do Estado sob essas características e à colocação da criança e do adolescente como objetos dessa intervenção é o que chamamos de *menorismo*.

Em primoroso estudo, Ferreira (2019) demonstra que esse controle, especialmente no início do século passado, era visivelmente higienista, inclusive apontando a união da Medicina e do Direito para cuidar da questão da criança. A filantropia, permeada de uma elevada moralidade, era tida como uma necessidade social, sobretudo aos olhos da elite, face ao aumento da população pobre nas grandes cidades. As entidades filantrópicas, todavia, não conseguiam retirar das ruas o grande contingente de pobres. A elite cunhou um ideal emoldurado de sociedade, com base em conceitos ortodoxos de família, a patriarcal monogâmica, com pai, mãe e filhos vivendo em



harmonia. Segundo Mioto, Campos e Carloto (2015, p. 128), essa família intitulada de patriarcal “[...] influenciaria de maneira decisiva o marco jurídico que regularia a vida em família e sociedade, como a legislação sobre casamentos em 1890”. Com viés de semelhança, as referidas autoras informam que “[...] mudanças na concepção da família no século XIX apontariam para novos marcos legislativos (como o Código Civil de 1916) que oferecem amparo à família nuclear” (KROTH, 2008 apud MIOTO; CAMPOS; CARLOTO, 2015, p. 128). Quem não se encaixava nesse conceito de família não era bem visto e deveria ser reparado, pois considerado desajustado, imperfeito. A mesma elite, tal como classificou os tipos de família, passou a classificar, também, os tipos de crianças. Segundo Ferreira (2019, p. 47), a criança:

[...] que pelas mazelas de sua família já tinha sido privada dos cuidados necessários ao seu bem-estar físico e psicológico, que não possuía bens materiais necessários ao crescimento sadio e ao desenvolvimento completo de seu corpo, que não dispunha de tempo suficiente para desfrutar de sua infância pela necessidade de trabalhar, agora, por uma questão de etiquetagem social, perderia também o direito de ser chamada de criança, pois a criança sob essas circunstâncias passou a ser chamada de menor.

O descompasso com o ideal imposto de família, somado à questão da pobreza, do abandono e aumento da criminalidade, colocou em debate os esforços para **salvar a criança**. A criança nessas condições, nas primeiras décadas do Século XX era vista, ambigualmente, como um problema (a ser corrigido) e como uma solução (para o ideal republicano) e toda a legislação pautou-se na assistência àqueles ditos em **situação irregular**.

É muito importante anotar que esse afã de **salvar a criança** não foi uma exclusividade nossa. Lembramos as características semelhantes do movimento norte-americano *child savers*, iniciado no final do Século XIX, também calcado na filantropia. Platt (1997, p. 25) bem o resume, explicando que:

[...] o movimento pela salvação da criança tentou fazer pelo sistema de justiça criminal o que os industriais e dirigentes das corporações tentavam fazer na economia, ou seja, manter a ordem, a estabilidade e o controle, conservando ao mesmo tempo o sistema de classes e a distribuição da riqueza existentes.

Somente em 1988, como a nova Constituição (art. 227), a criança e o adolescente passaram a ser formalmente reconhecidos como sujeitos de direitos e de prioridade absoluta, ensejando a criação da lei regulamentadora dos novos princípios. Em 1990 foi publicado, finalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Se no modelo da situação irregular havia negação dos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que não eram assegurados legalmente os direitos relacionados com o sistema punitivo, como salienta Mota (2016), com o Estatuto da Criança e do Adolescente – à Luz da Constituição – inaugurou-se uma nova fase, a da proteção integral, com a afirmação dos direitos fundamentais.

No que tange ao ato infracional, a previsão expressa da garantia do devido processo legal reforçou a expressão da proteção da liberdade e conferiu a todos e todas adolescentes os meios de defesa e de prova, bem como os meios de impugnação das decisões, garantindo-lhes a proteção das liberdades constitucionais até o trânsito em julgado da decisão.



Todavia, passados 30 anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda notamos resquícios da doutrina da situação irregular, demonstradas por meio de decisões judiciais que, sob a justificativa de proteger, desrespeitam direitos e garantias fundamentais.

Atentos a isso, neste breve estudo fazemos uma análise crítica sobre as decisões judiciais que mitigam esses direitos nos processos relativos a atos infracionais, para impor a imediata execução de medidas socioeducativas, ainda que questionadas nas vias recursais.

Trazemos a interpretação das normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito ao efeito da apelação nos processos infracionais e em seguida, à luz dos Direitos Humanos, da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), questionamos os argumentos utilizados sob a nomenclatura de **protetivos** para justificar a imediata imposição da medida socioeducativa.

Depois disso, trazemos considerações sobre o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) n°. 43, 44 e 54, seu efeito vinculante e de precedente obrigatório, sua aplicabilidade nos processos infracionais e nosso entendimento de que a decisão, em relação aos processos infracionais, passados 30 anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, é paradigma da definitiva superação da doutrina da situação irregular e, por assim dizer, do **menorismo**.

Destacamos que a utilização do termo **adolescentes** no texto não exclui os **jovens** entre 18 e 21 anos que, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, podem estar sujeitos ao processo infracional e ao cumprimento da medida socioeducativa.

1 Recebimento da apelação no efeito suspensivo nos processos infracionais – regra do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Processo Civil

O objetivo final desse breve ensaio é demonstrar que face à presunção de inocência a eficácia da sentença que impõe uma medida socioeducativa está condicionada ao seu trânsito em julgado. Sem prejuízo disso, antes demonstraremos, no que tange ao recurso de apelação, que a regra vigente é o seu recebimento no efeito suspensivo e, em seguida (no item subsequente), a desconstrução dos argumentos que justificam o recebimento apenas no efeito devolutivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o sistema recursal do Código de Processo Civil é o adotado nos procedimentos relacionados à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive no que tange à execução das medidas socioeducativas, com as adaptações que o próprio Estatuto traz. O art. 198, que trata dos recursos, remete ao Código de Processo Civil, enumerando em seguida as adaptações (os recursos na infância e juventude independem de preparo, têm prazo de 10 dias e têm juízo de retratação¹).

O art. 1.012, do Código de Processo Civil dispõe, como regra, que a apelação terá efeito suspensivo.



Em seguida, no próprio art. 1.012 estão arroladas as hipóteses em que a sentença começa a produzir imediatamente os seus efeitos, além daquelas previstas na legislação especial. Prevê ainda as hipóteses em que é autorizada a concessão do efeito suspensivo mesmo face às execuções do recebimento apenas no efeito devolutivo (hipóteses de probabilidade do provimento do recurso ou risco de dano grave ou de difícil reparação²).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, prevê expressamente as hipóteses em que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo: contra sentenças de adoção (art. 199-A) e sentenças de destituição dos genitores do poder familiar (art. 199-B)³.

Nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, nem o Código de Processo Civil, ou qualquer outra lei relacionada ao tema, excepciona a regra do efeito suspensivo da apelação na hipótese da imputação de ato infracional e imposição de medida socioeducativa. Ademais, como se sabe, o efeito suspensivo impede a eficácia da decisão impugnada.

A ineficácia da decisão reside na sua própria recorribilidade – que tenha como regra o efeito suspensivo, sendo o recurso o instrumento processual que prolongará essa ineficácia. Neves (2018) anota que, nesse sentido, não é o recurso que suspende a eficácia da decisão, mas sua recorribilidade, o que impede a eficácia da sentença também durante o prazo da interposição do recurso.

Essa explicação é bastante relevante, pois se até o trânsito em julgado a decisão apelável não pode surtir seus efeitos (dada à **recorribilidade** e previsão do efeito suspensivo) e, uma vez interposta a apelação, não está ao critério discricionário do juiz conferir ou não o efeito suspensivo. Além disso, os autos devem ser remetidos ao tribunal independentemente do juízo de admissibilidade, conforme prevê o art. 1.010, § 3º, do Código de Processo Civil.

A norma contida no art. 995 do Código de Processo Civil (“Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso” (BRASIL, 2015)), importante lembrar, não autoriza o recebimento da apelação no seu efeito devolutivo, pois dispõe o próprio artigo que os recursos não impedem a eficácia da decisão, **salvo disposição legal** ou decisão judicial em sentido diverso.

O próprio Código de Processo Civil, em seguida, prevê que a apelação é recebida no efeito suspensivo (art. 1.012), dispondo sobre as hipóteses que excepcionam isso.

Muito embora o atual Código de Processo Civil tenha trazido como regra geral que os recursos não são dotados de efeito suspensivo, prevendo, todavia, a possibilidade de requerê-lo no caso de probabilidade de provimento do recurso ou risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação (parágrafo único do art. 995⁴, §4º do art. 1.012⁵ e §1º do art. 1.026⁶), no caso da **apelação**, como via de exceção, é regra o recebimento da apelação no efeito suspensivo (PINHO, 2019; GONÇALVES, 2020), por expressa disposição contida no *caput* do art. 1.012.

A nosso ver, não se pode justificar a aplicação do efeito apenas devolutivo ao recurso de apelação, dando interpretação extensiva ou aplicando analogia a qualquer outra hipótese que traga essa exceção, pois a analogia não pode ser utilizada para restringir direitos (regra de interpretação) e a execução da medida socioeducativa, sobretudo a privativa de liberdade, representa notória restrição de direito (liberdade). Outrossim, as exceções (e o efeito apenas devolutivo nas



apelações é uma exceção) devem sempre ser interpretadas restritivamente (MAXIMILIANO, 2017).

Ressaltamos que a análise desse tópico se restringiu à análise das regras processuais no que tange ao recurso de apelação, demonstrando a criação, em prejuízo do adolescente, de uma exceção não prevista em lei.

A despeito disso, mais a frente, será demonstrado, no que tange às medidas socioeducativas, que a suspensão da eficácia de sentença deve prevalecer até o trânsito em julgado da decisão, em obediência à garantia constitucional prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

2 Crítica ao posicionamento jurisdicional que afasta o efeito suspensivo da apelação nos processos infracionais

Os tribunais têm entendimento majoritário no sentido de que nos processos infracionais o efeito do recurso de apelação é apenas devolutivo, a despeito de o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Civil não prever exceção à regra do efeito suspensivo na hipótese, como argumentado no tópico anterior.

Pegamos como exemplos alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷ e neles são constantes os seguintes argumentos para afastar o efeito suspensivo nos recursos de apelação nos processos infracionais: nos termos do art. 995 do CPC, a executividade da sentença é imediata nas ações socioeducativas; a finalidade pedagógica das medidas socioeducativas; a invocação dos princípios da brevidade e da intervenção precoce; evitar adiamento no processo de ressocialização do adolescente; o afastamento da exposição ao risco.

Entendemos que nenhum dos argumentos reiteradamente invocados nos julgados guardam coerência com os princípios insculpidos no Direito da Criança e do Adolescente.

Um dos grandes avanços do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo no que tange ao processo infracional, foi trazer expressamente para a lei (art. 110 do Estatuto), à luz da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV), a garantia do **devido processo legal**, que constitui, segundo Gomes Canotilho *et al.* (2018), o conjunto de princípios constitucionalmente estabelecidos, fundados na legalidade e na proteção das liberdades. É um **sobreprincípio** – como anota Bulos (2014) – que abarca todos os demais direitos fundamentais e que limitam a ação dos Poderes Públicos.

Em sua origem, o objetivo foi a proteção da liberdade⁸. A liberdade, mais que a exposição dos valores e ideais da Constituição Federal (prevista em seu próprio preâmbulo), constitui direito fundamental, previsto no *caput* do art. 5º.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não só trouxe a liberdade como corresponsabilidade da família, comunidade, sociedade e poder público (art. 4º), como dedicou um capítulo à liberdade, respeito e dignidade (art. 15 e seguintes). A Constituição Federal já previa, no art. 227, essa mesma corresponsabilidade.



A expressão da liberdade e outros direitos fundamentais, bem como o próprio devido processo legal – como sobreprincípio – dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente e do próprio Estado Democrático de Direito, devem ser interpretados como limitadores de poder, desconstruindo os ideais **menoristas**, os quais, justificando a defesa do interesse da criança e do adolescente (denominados, então, menores), mitigavam direitos fundamentais.

É bem por isso que diferentemente do antigo Código de Menores (art. 5º da Lei 6.697/1979), o Estatuto da Criança e do Adolescente suprimiu de seu **texto original** a referência ao **superior interesse da criança e do adolescente** ou termo equivalente (**melhor interesse**), já que esse princípio, muito embora constante da Declaração Universal dos Direitos da Criança (Princípios 2º e 7º) e Convenção sobre os Direitos da Criança (Artigos 3, 9, 21, 31 e 40), sempre fora utilizado indevidamente, como artifício para impor à criança e ao adolescente vontades ou interesses que, no afã da proteção, suprimiam direitos fundamentais, quando na verdade deveria ser utilizado para coibir excessos do poder estatal (as decisões devem estar voltadas à prevalência dos direitos e não contra eles) e obrigar o Poder Público, em verdade, a priorizar políticas públicas voltadas para a criança e ao adolescente e, sobretudo, vincular interpretar superior interesse à luz dos Direitos Humanos (BRUÑOL, 1999).

Além disso, a expressa disposição do superior interesse seria prescindível, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente já contemplaria um extenso rol de direitos fundamentais e sociais.

Não obstante, com a reforma promovida pela Lei 12.010/09, o **interesse superior da criança e do adolescente** passou a fazer parte do rol dos princípios das medidas específicas de proteção – art. 100, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De todo modo, o enfoque protetivo e do superior interesse, para a doutrina que interpreta os direitos da criança e do adolescente à luz dos Direitos Humanos e, no Brasil, da Constituição Federal, sempre foi apontado mesmo como um **limite** ao exercício do poder, sobretudo no que tange ao ato infracional e ao processo de apuração da prática de ato infracional. Nesse sentido a interpretação de Bruñol (1999) de que especialmente no que diz respeito às garantias em face de apuração de infrações à lei penal deve ser limitada a possibilidade da aplicação do princípio do superior interesse na hipótese de violação do direito à liberdade ou integridade. Do mesmo modo, Saraiva (2009) aponta que melhor interesse não deve ser utilizado como uma ferramenta do adulto para decidir o que é melhor para o adolescente, ante a sua incapacidade, mas como princípio a ser invocado para mitigar a intervenção do Estado. No mesmo sentido de limite à intervenção, a opinião de Shecaira (2008), de que o sistema punitivo deve operar como *ultima ratio* e se a medida socioeducativa é uma resposta restritiva de direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível.

Se a preocupação do legislador foi incluir no processo infracional o devido processo legal – uma garantia para a proteção da liberdade –, é certo que os princípios que constaram no Estatuto da Criança e do Adolescente (e mais tarde também do SINASE) devem sempre ser interpretados em favor da criança e do adolescente.

É por isso que os argumentos utilizados nos julgados selecionados como exemplo nos parecem equivocados, pois se os princípios invocados nas razões de decidir são integrantes dos direitos fundamentais, não deveriam ser interpretados em desfavor do adolescente, ou seja, utilizados



como pressuposto para limitação das liberdades, mas sim como limitadores do poder punitivo estatal.

No processo, por intermédio do recurso, quando se questiona o julgamento com debate sobre a inocência do adolescente, a desnecessidade da imposição de uma medida socioeducativa ou imposição de uma medida socioeducativa mais branda, obviamente está a se questionar a necessidade da intervenção estatal naquele caso ou, pelo menos, o limite dessa intervenção. E, valendo-se da garantia fundamental da presunção de inocência, a colocação *sub judice* desse questionamento deve ser suficiente para afastar a imediata eficácia da sentença, como fundamentamos no item subsequente.

É dizer: nenhum outro princípio pode ser colocado à frente da garantia constitucional da presunção de inocência (que por si só representa obstáculo à imediata executividade da sentença infracional). Feita essa ressalva, ainda assim, os outros princípios reiteradamente invocados nos julgados têm interpretações questionáveis.

A interpretação do art. 995 do Código de Processo Civil, por exemplo, não encontra respaldo legislação processual, doutrina ou jurisprudência processual civil. Reptem-se nos julgados trazidos como exemplo que **nos termos do art. 995 do CPC, a executividade da sentença é imediata nas ações socioeducativas.**

Frequentemente, essa interpretação vem amparada de um precedente do Superior Tribunal de Justiça. O *Habeas Corpus* nº. 301-135/SP da lavra do Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual ele expressa que a reforma trazida pela Lei 12.010/2009 que retirou do art. 198 a regra, então vigente, do recebimento das apelações no efeito apenas devolutivo, foi particularmente direcionada às apelações em processos civis, não extensível aos processos infracionais, já que nesses casos a intervenção do Poder Judiciário tem como missão não a punição, mas a recuperação de proteção do jovem⁹.

Todavia, como analisamos no item anterior, o alcance do art. 995 do Código de Processo Civil, em nenhum momento no Código ou no Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência ou excepciona a executividade imediata das medidas socioeducativas. Ao contrário, o que se tem é a expressa disposição de que as decisões passíveis de apelação terão sua eficácia suspensa, tendo a apelação então o efeito suspensivo, salvo as disposições expressas, nas quais, como visto, não está incluído o processo infracional.

A **finalidade pedagógica** das medidas socioeducativas, tema também recorrente nos julgados, é algo questionável. O escopo pedagógico deveria verdadeiramente ser preponderante, inclusive de modo a interpretar e aplicar a **sanção** infracional de fato tão somente no seu aspecto pedagógico, isto é, trabalhar a compreensão de que determinadas condutas não devem ser praticadas pelas consequências danosas que podem causar e não por temor do castigo que pode ser aplicado, que é o conceito de sanção pedagógica trazido por Ewing (1970 apud FALCON Y TELLA, M.; FALCON Y TELLA, F., 2008, p. 90): “[...] O castigo é educativo na medida em que faz com que as pessoas se abstenham de realizar ações más, porque as consideram como tais – não simplesmente por temor às represálias que podem receber na forma de castigo por sua realização”. Mas, em verdade, invariavelmente, as decisões judiciais trazem uma carga retributiva, seja face à análise da gravidade em abstrato do ato infracional, seja pela análise em



concreto dessa gravidade, que é incluída na **desaprovação da conduta**, trazida como objetivo da medida socioeducativa no SINASE.

Destacamos, como ressalva, o nosso entendimento respaldado pelo Supremo Tribunal Federal, de que a gravidade em abstrato da infração, por si, não justifica a imposição de medida socioeducativa mais severa¹⁰.

Dito isso, o inciso III do §2º do art. 1º da Lei dispõe que é objetivo da medida socioeducativa “a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei”. (BRASIL, 2012)

No objetivo da **desaprovação da conduta** há um paralelismo – destacado por Frassetto, *et al.* (2012) – com o art. 59, do Código Penal e arts. 1º e 3º da Lei de Execução Penal.

De fato, o art. 59 do Código Penal prevê, para reprovação e prevenção do crime, a análise das circunstâncias judiciais que nortearão a fixação pena, regime de cumprimento e substituição da pena privativa da liberdade por outra espécie de pena. E mesmo sendo certo que, mais que um desdobramento do art. 112, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (“a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração” (BRASIL, 1990)), o art. 1º, §2º, III, da Lei 12.594/12 traz um limite à intervenção estatal (a sentença como parâmetro máximo de privação da liberdade), é evidente a característica retributiva. Nesse sentido, entendemos que a **desaprovação da conduta** prevista na Lei 12.594/12 traz ainda a carga contida no próprio conceito de tipicidade material, que exige o juízo de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado.

Desse modo, repisando – sob o olhar protetivo – o objetivo da **desaprovação da conduta**, não obstante conter um aspecto retributivo, é limitado: deve ser proporcional e tem como parâmetro máximo a sentença.

Não se pode esquecer que o ato infracional equivale à prática do crime ou da contravenção, e o argumento de que a medida socioeducativa não é pena, mas uma **finalidade pedagógica**, de fato não lhe retira a carga retributiva e nem justifica a mitigação de direitos fundamentais.

Quanto à **brevidade** e a **intervenção precoce**, é preciso situá-los.

A brevidade não guarda relação com urgência na imposição ou execução de alguma medida, mas, no enfoque protetivo – que sempre deve prevalecer – nos termos em que o tempo de duração das medidas socioeducativas deve ser o mais breve possível, justamente para evitar a prevalência do caráter retributivo e a privação do adolescente de suas liberdades. Essa interpretação está respaldada, inclusive, na expressa disposição do artigo 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança (“Que nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança devem ser efetuadas em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e pelo período de tempo mais breve possível” (ONU, 1959)).

Mais que isso, o art. 35, V, da Lei 12.594/12 (BRASIL, 2012), vincula a brevidade ao ato infracional cometido (“brevidade da medida em resposta ao ato cometido [...]”), de modo que a



medida não deve ser estendida ou prorrogada face às circunstâncias pessoais ou supervenientes que não tenham relação com o ato infracional que fundamentou a imposição da medida socioeducativa, valendo aqui ressaltar o reflexo dos princípios da mínima intervenção e da excepcionalidade da intervenção judicial, também expressos no art. 35, da Lei 12.594/12, bem como a norma contida no §2º, do art. 42 da mesma lei (“a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave”).

A **intervenção precoce** também não é princípio que justifica a relativização de direitos fundamentais (sobretudo a liberdade), do mesmo modo como foi argumentado a respeito do superior ou do melhor interesse da criança e do adolescente.

Mais ainda, a **intervenção precoce** é princípio que norteia as **medidas específicas de proteção**, e está incluída no art. 100, VI e irradiá-la para as medidas socioeducativas, como justificativa para imediata imposição da medida, é uma impropriedade.

Precoce é aquilo que é prévio, antecipado, adiantado. A intervenção precoce, a nosso ver, tem em relevo a ideia **prevenção**, compreendendo a solução de problemas da criança e do adolescente face à família e comunidade, e tem por objeto o apoio integrado envolvendo várias competências, como saúde, educação assistência social, entre outras, centrado não só na criança e no adolescente, mas na família e com participação Poder Público.

Essa ideia de prevenção não é afastada pela leitura do inciso VI do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida” (BRASIL, 1990)), muito embora a doutrina normalmente interprete esse princípio no mais das vezes somente como a necessidade de as autoridades agirem tão logo seja conhecida a situação de perigo ou de risco (NUCCI, 2018 e ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019). Mais que uma atuação imediata (ideia também contida no princípio), o condão é integrar as várias competências, evitando a perpetuação da situação e risco ou violação de direitos e impedindo que isso se repita. Essa integração de competências envolve, como dito, a criança e o adolescente, a família, a comunidade e o Poder Público.

A intervenção precoce é, de fato então, princípio norteador das **medidas de proteção** e, pela característica preventiva, mesmo que hipoteticamente transportada como princípio da execução das medidas socioeducativas (ressaltando que não consta do rol do art. 35, da Lei 12.594/12), tem o condão fomentar ações que previnam problemas – face a situação de perigo – antes que eles ocorram (HAWKINS; WEIS, 1995). Essa interpretação não desvirtua e tampouco exclui o fato de que a intervenção deve ser imediata, mas reforça o enfoque de medida de proteção em sentido estrito, de modo a concluir que não deve ser utilizada, por isso, como um instrumento de controle social ou repressão face à apuração da prática de um ato infracional.

Em sentido amplo, percebemos as medidas de proteção inseridas no âmbito da Proteção Social, como parte interventiva do ente público, onde segundo Pereira (2016, p. 337) afirma que o referido conceito “[...] encerra em si um ardil ideológico, a ser teoricamente desmontado, visto que ele falseia a realidade por se expressar semanticamente como sendo sempre positivo”. A Proteção Social não deve ter o viés punitivo, ao contrário, deve proporcionar a garantia de direitos frente às violações vivenciadas pelos adolescentes. O controle social presente na Proteção Social



de longe deve reproduzir “poder disciplinador/moralizador”, senão a proteção visando a liberdade, como valor central do ser humano, para seu melhor desenvolvimento enquanto adolescente.

Foucault (2018, p. 218) discorrendo sobre “a sociedade punitiva” esbarra no tema do “poder disciplinar”, onde tece as seguintes considerações:

O discurso que acompanhará o poder disciplinar já não poderá ser o discurso mítico ou heroico, que contava o nascimento do poder e tinha a função de fortalecê-lo. É um discurso que descreverá, analisará e fundamentará a norma e a tornará prescritível, persuasiva. [...] Ligado ao exercício do poder, assiste-se então ao aparecimento de um discurso que assume o lugar do discurso mítico sobre as origens do poder [...] é o discurso normatizador, o das ciências humanas.

A intervenção precoce, além disso, deve ser interpretada em harmonia com os outros princípios e jamais deve prevalecer frente aos direitos fundamentais diretamente relacionados ao processo infracional, sobretudo o da presunção de inocência.

Ainda assim, como princípio norteador das medidas específicas de proteção, não se impede que medida de proteção seja de fato imediatamente levada a efeito, muito embora não permita, por outro lado, a imediata imposição de uma medida socioeducativa.

O atraso ou adiamento no processo **ressocializador**, outro tema recorrente nos julgados, aparece como uma leitura estigmatizada do adolescente e da adolescente que respondem o processo infracional. A começar pelo termo ressocializador, ou **ressocialização**, que não está incluído no Estatuto da Criança e do Adolescente ou na Lei 12.594/12, além de ser um termo que também vem sendo utilizado de forma equivocada.

Primeiro porque **ressocializar** presumiria o retorno do adolescente e da adolescente a um *status* anterior de socialização, algo difícil de compreender e identificar dada a própria complexidade do estudo da socialização e da inadaptação social. Como imaginar, apenas a título de exemplo, a **ressocialização** de um adolescente que nasceu e cresceu em um ambiente no qual algumas metas para a ascensão são alcançadas mediante a utilização de certos meios que o sistema social caracteriza como ilegais, mas mesmo contrários às normas impostas, não são incorporados como anormais (o que se poderia chamar de inadaptação social objetiva)?

Além disso, em uma sociedade plural e permeada de enormes contrastes, unidos aos evidentes processos de exclusão, como identificar o alcance da inadaptação social e, mais ainda, como apontar qual o critério de socialização, ou qual o padrão adequado?

Temos, por isso, profundas críticas tanto quanto à **ressocialização** como quanto ao estabelecimento de um critério de socialização, que, nos processos de apuração de prática de atos infracionais, no mais das vezes aparece como a imposição de um ideal que desconsidera muitas realidades e diversidades. Essa imposição acaba remontando o período pré-Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Escola Positiva da criminologia, onde a busca da cura e da correção era sempre evidenciada.

Nesse sentido, a **ressocialização**, na reflexão de D’Andrea (2015), parece um termo primitivo, tribal, no qual o membro que ali não se adapta deve sair, se purificar e depois voltar. Adiciona que em uma sociedade não harmônica e desequilibrada não há se falar em



ressocialização, sendo necessário aprofundar o estudo da relação do indivíduo com a coletividade e as subcoletividades.

Voltando ao exemplo dado, haveria algum sentido no processo dito **ressocializador** em que se retira temporariamente o adolescente de um contexto social e depois o devolve novamente a esse mesmo contexto?

Tal pergunta remete a visão funcionalista atribuída ao sociólogo Émile Durkheim (1858-1917) que tratou os processos sociais como fatos sociais, como coisas próximas às interpretações das ciências da natureza. Em outras palavras, considera os fenômenos sociais, em si, ou seja, distantes e à parte do sujeito. “A visão dos fatos sociais como coisas cuja natureza não se modifica pela vontade justifica, ao fim e ao cabo, a ordem [...], ao naturalizar sua dinâmica, homogeneizando os domínios científicos” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 31). De modo que existem fragmentações e lacunas entre as regulamentações políticas de proteção social (viés amplo) e, portanto, medidas protetivas (viés estrito) com suas reais efetivações, aumentando as violações.

Diferente de buscar um **padrão social adequado**, é mais urgente identificar e exigir a oferta de Políticas Públicas equilibradas para todas essas subcoletividades e, aqui, em verdade, estará incluída a **integração social**.

Estabelecer a ideia de um padrão ideal é, então, algo tanto impossível quanto perigoso (e estigmatizador). Como ensina Nino (1989), o princípio da autonomia da pessoa impede a interferência na eleição e materialização dos seus ideais, a não ser que isso implique na colocação dos outros em menor autonomia relativa. Por isso, se por um lado o Estado pode estabelecer objetivamente normas de conduta, por outro não pode exigir preferências por certos planos de vida, fazer juízo moral de certas escolhas e opiniões, impor certos ideais de excelência humana ou estabelecer um critério de virtudes pessoais. Se assim fizer, funcionará como um Estado **paternalista**, bem característico da **fase tutelar**.

Transportando isso para o processo infracional, acaba por haver a intervenção do Poder Judiciário, segundo afirma Fávero (2007, p. 69), em uma questão que é de ordem social. “A origem das situações apontadas relaciona-se com a questão social, e a solução não deve passar meramente pela ação jurídica”. Se a questão social é de ordem estrutural, pelas estruturas deve ser apreendida. A questão social se expressa, como categoria de análise, a partir do entendimento das desigualdades sociais, ou seja, como dizem Iamamoto e Carvalho e (2005, p. 77) ela é caracterizada a partir do surgimento da classe trabalhadora, não somente, mas “[...] de seu ingresso no cenário político da sociedade, exigindo seu reconhecimento como classe por parte do empresariado e do Estado”.

As desigualdades sociais anteriores ao surgimento do mercantilismo – por volta do século XV – eram determinadas pelas divisões de classes estabelecidas socialmente. Com o advento do sistema capitalista, as desigualdades de classes acentuaram-se na medida em que a exploração do trabalho se tornou o motor essencial da reprodução deste novo modo de produção, que pode ser interpretado da seguinte maneira: apropriação privada da mercadoria produzida socialmente.

A sociabilidade contemporânea acirra, por demais, o distanciamento entre as classes sociais, causando uma fissura no tecido social que se reproduz em diversas instâncias das relações



sociais, inclusive no seio da Justiça. Assim, a pobreza se transforma em *status* natural, onde a ideologia vigente da meritocracia justifica as desigualdades sociais, mas, a fundo, esconde a injustiça praticada contra as classes sociais marginalizadas, haja vista, como expressa de Telles (2006, p. 105), onde tal análise “[...] esclarece o sentido de uma exclusão que se processa na lógica de uma cidadania restrita em que os direitos não se universalizam”.

Portanto, o termo **ressocialização**, além de equivocado, não encontra amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei 12.594/12, pelas razões já mencionadas.

À medida que o Poder Judiciário busca intervir na questão social no sentido de promover um padrão ou um ideal, vemos renascer a **fase tutelar** que deveria ter sido há muito tempo superada.

Diferentemente da **ressocialização**, O SINASE prevê como objetivo a **integração social e a garantia de seus direitos individuais e sociais** (art. 1º, §2º, II) e nesse sentido a integração social deve ser entendida como a ação para permitir, viabilizar e possibilitar o exercício pleno da cidadania (participação da vida política, econômica e social), garantindo o acesso a todos os direitos individuais e sociais em regime de igualdade (igualmente material). É um processo de inclusão que deve ser almejado independentemente da imposição de medida socioeducativa e não pode, tal como os outros princípios protetivos, invocado como justificativa para relativizar direitos fundamentais.

É inclusive nesse sentido que a normativa internacional trabalha a **socialização**. Nas Diretrizes de Riad o **processo de socialização** aparece como a atenção especial às políticas públicas para colocação dos jovens, família e comunidade em um nível de igualdade material (isonomia)¹¹.

No que se refere a identificação de uma possível inadaptação social – sempre com o enfoque da violação de regras objetivas de conduta, particularmente a violação da lei penal (porque é esta violação, e somente esta, que dá ensejo à medida socioeducativa) –, é na **responsabilização** (art. 1ª, §2º, I, da Lei 12.594/12) que isso será trabalhado, entendendo que a responsabilização não deve ser compreendida, nesse aspecto, como uma resposta retributiva, mas como a identificação do adolescente como protagonista na sociedade em que vive, compreendendo as consequências de suas condutas para si e para os outros, mas compreendendo também a responsabilidade da coletividade e do Estado, pois a Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e o SINASE evidenciam a **corresponsabilidade**.

Isso inclui a ideia de reconciliação do jovem consigo mesmo e com os outros, como ressaltava Costa (1991, p. 15), inclusive, retomando a questão da ressocialização: “[...] não se trata, portanto, de ressocializar (expressão vazia de significado pedagógico), mas de propiciar ao jovem uma possibilidade de socialização que concretize um caminho mais digno e humano para a vida”.

Não se pode justificar, ainda, a imediata execução da medida socioeducativa como **afastamento da situação de risco**, pois isso significa, na verdade, imputar ao adolescente a responsabilidade por uma frustrada atuação preventiva do Estado, além de trazer mais uma vez, princípios protetivos (como proteção integral, intervenção precoce, superior interesse) como justificativa para relativização dos direitos fundamentais.



Diferentemente da interpretação que o próprio art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente dá, de que a situação de risco (“por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável e em razão da conduta da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990) enseja as **medidas de proteção** “sempre que os direitos reconhecidos” na Lei forem “ameaçados ou violados”, no mais das vezes, no processo de apuração de ato infracional, utiliza-se o **risco** em relação a uma dita necessidade de proteção de terceiros, sob um argumento chamado **garantia da ordem pública** que, como anota Choukr (2017), não tem definição legal ou previsão constitucional, ficando seu conceito ao sabor da jurisprudência, e que é utilizado para justificar a necessidade cautelar de medidas constritoras da liberdade face à gravidade do ato cometido ou presumida periculosidade do agente. Tudo isso com desprezo a presunção de inocência, esta sim garantia expressamente prevista na Constituição Federal.

Já em relação ao adolescente e à adolescente, em dissonância daquilo que o Estatuto da Criança e do Adolescente normatiza, e sob a justificativa de protegê-los (**de si mesmos**) e, claro, de proteger **a sociedade** (da qual em verdade exclui-se o adolescente e a adolescente envolvidos no processo infracional) antecipa-se a responsabilidade por uma conduta (que está sendo confrontada na via recursal), impondo-lhes prematuramente o cumprimento de uma medida socioeducativa. Isso evidencia, valendo-se da lição Molina (1996), que o Estado não interviu quando a criança e o adolescente **estavam em perigo**, mas quando considerou que **são um perigo**, fazendo, sob o nome de proteção, a política de defesa social.

Quando os atores do Sistema de Justiça (particularmente o Ministério Público e o Poder Judiciário) buscam fazer essa política de defesa social, não só deixam de lado sua grande responsabilidade – que é atuar na proteção da criança e do adolescente –, como se imiscuem da função do Poder Executivo, a quem verdadeiramente cabe as políticas voltadas à segurança pública.

Por fim, Vay (2015) contribui acerca de outros dois argumentos verificados em algumas decisões: o de que a aplicação de medida socioeducativa a um adolescente internado provisoriamente seria a confirmação dos efeitos da antecipação da tutela, e o argumento de que nos termos do art. 215, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte.

Sobre esses argumentos, ele frisa que, além do art. 5º, LVII da Constituição Federal prever que **ninguém** (o que inclui todos e não só um adulto) será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o art. 228, da Constituição Federal, que trata da inimputabilidade, representa mais uma garantia e não um fator que possa agravar sua situação. Destaca, além disso, a proibição de tratamento mais gravoso ao adolescente do que a um adulto. Quanto ao art. 215, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ressalta que se trata de dispositivo constante da tutela dos interesses coletivos, de índole civil, não devendo ser transportado para o processo infracional. Adiciona-se ainda que o mencionado art. 215 trata da possibilidade de o juiz excepcionalmente conferir efeito suspensivo ao recurso (regra que já se aplica aos processos infracionais), não podendo ser interpretado às avessas, como poder para excepcionalmente conferir efeito meramente devolutivo.



3 Aplicação do precedente vinculante do julgamento das ADCs 43, 44 e 54 do STF

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, decidiu pela impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, declarando constitucional a regra prevista no artigo 283 do Código de Processo Penal¹² indo ao encontro da garantia constitucional de presunção de inocência insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43, 44 e 54, registrou a sua perplexidade ante a existência de uma ação declaratória de constitucionalidade de texto de lei que reproduz mandamento constitucional expresso, e deixou claro que o trânsito em julgado é o marco seguro para limitação da liberdade, sendo a prisão anterior ao trânsito em julgado exceção que deve ser enquadrada nos casos em que os requisitos da prisão preventiva estão atendidos.¹³

Tal decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade possui efeito vinculante e eficácia contra todos, conforme disposição expressa do parágrafo único do artigo 28 da lei n. 9.868/1999¹⁴.

Além disso, o Código de Processo Civil em seu artigo 927, inciso I¹⁵, deixa clara a necessidade de observância obrigatória de precedentes criados em controle concentrado de constitucionalidade, sendo possível afirmar tratar-se de precedente vinculante.

Sobre o conceito de precedente, Azevedo (2018, p. 554) leciona que precedentes são fontes normativas, criando ou definindo a norma jurídica aplicável ao caso concreto e com capacidade de ser replicada em casos futuros¹⁶. Ele entende que precedentes pertencem à categoria das fontes normativas, atuando, portanto, enquanto fonte de Direito: “[...] Consubstancia, assim, ferramenta hermenêutica, que cria ou define a norma jurídica aplicável ao caso concreto, que será, por sua vez, replicado em casos futuros”.

Não há dúvidas de que a importante decisão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, por se tratar de um precedente vinculante, deve ser aplicada também nos processos de apuração de ato infracional, sob pena de impor aos adolescentes e às adolescentes tratamento mais gravoso do que o conferido a um adulto na hipótese da aplicação da lei penal. Não transportar esse entendimento para os processos infracionais, seria tratá-los como **cidadãos de segunda classe**, remontando, como temos questionado neste estudo, a lógica **menorista**. Fazer isso, então, é ignorar que os adolescentes e as adolescentes – como pessoas – fazem jus a todos os direitos constitucionalmente garantidos e especialmente reforçados no Estatuto da Criança do Adolescente.

É importante ressaltar que essa impossibilidade de conferir ao adolescente tratamento mais gravoso que a um adulto é embasada não apenas em disposição legal (princípio da legalidade, regente da execução das medidas socioeducativas previsto no inciso I do art. 35 da Lei 12.594/2012: “legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto” (BRASIL, 2012). A norma contida no art. 35, I da Lei 12.594/2012 é corolário da normativa internacional, a exemplo do paradigma constante das Regras Mínimas das



Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), com disposição adotando a mesma inteligência – a Diretriz 54:

Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem. (ONU, 1988)

Mais que isso, acerca da presunção de inocência, Vay (2015) ressalta os princípios que constam da Convenção dos Direitos da Criança (art. 40.2, b, I), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.2), Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (art. 17) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (art. 7.1.).

A incorporação na legislação brasileira das normas internacionais dos direitos humanos de crianças e adolescentes, consagrando a doutrina de proteção integral e condição de **sujeito de direitos** e o rompimento da lógica **menorista** de situação irregular é questão destacada por Mazuolli (2020), ao discorrer que o Código anterior não passava de um “Código Penal do Menor” e as medidas eram penas disfarçadas de medida de proteção, tratando o **menor** como em situação **irregular**, quando irregular estavam a família e o Estado.

Não se pode esquecer, ainda, que as normas internacionais relativas a direitos e garantias fundamentais aderidas pelo Brasil, quando não incorporadas nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal¹⁷ (caso em que são formalmente constitucionais – com *status* de emenda), são **materialmente constitucionais**, com *status* supralegal, entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343, conforme anota Novelino (2016).

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADCs, 43, 44 e 54, já se faz sentir no Superior Tribunal de Justiça, em observância desse precedente vinculante obrigatório, a alteração de seu entendimento, a fim de que a execução de medida socioeducativa somente seja levada a efeito depois do trânsito em julgado do processo:

[...] Ocorre que, compartilho do entendimento no sentido de que, tendo o adolescente respondido o procedimento em liberdade, a apelação interposta contra a sentença deve observar os seus efeitos devolutivo e suspensivo, sendo inviável a execução antecipada da medida socioeducativa aplicada.

Ademais, diante do cenário atual, em especial o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, n. 44 e n. 54, no qual se decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena, entendo que o caso demanda a concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação, evitando-se dano irreparável ao paciente.

Acrescente-se a isto o princípio previsto no art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012, que instituiu o SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

Sobre o tema cabe lembrar, ainda, princípio semelhante, constante dos Princípios Orientadores de Riad - Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção de Delinquência Juvenil, segundo o qual deve ser assegurado



que o menor não será punido de forma mais rigorosa que um adulto. Confira-se:

[...] 54. Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem. [...]

Em face do exposto, dou provimento ao agravo regimental para reconsiderar a decisão em que se indeferiu liminarmente a inicial, devendo ser deferido o pedido liminar para suspender a execução da medida socioeducativa imposta ao agravante nos Autos n. 0002088-88.2019.8.19.0018, até o julgamento do mérito do presente writ ou o trânsito em julgado do procedimento socioeducativo. (BRASIL; STJ, Habeas corpus n.º 557.506, 2020)

O julgamento do Superior Tribunal de Justiça de março de 2020 é também um precedente, ainda que persuasivo, pois atende integralmente aos requisitos de formação de racionalidade argumentativa da decisão, (com fundamentação adequada e bem delineada e com rigorosa observância do contraditório) e capacidade de transcendência do julgado (possibilidade de reprodução em casos futuramente levados ao Poder Judiciário)¹⁸. Assim como também é um precedente julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal, anterior à decisão das ações declaratórias de constitucionalidade, diretamente relacionado ao processo infracional e que contempla os temas debatidos neste estudo:

Habeas corpus. Ato infracional. Roubo qualificado. Artigo 157, § 2º, II, do Código Penal. Medida socioeducativa de internação. Insurgência contra sua imposição, sob o fundamento de que a sentença não indicou as razões pelas quais as medidas em meio aberto ou semiaberto não seriam adequadas à ressocialização do paciente. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Apreciação *per saltum*. Impossibilidade. Supressão de instância configurada. Precedentes. Internação provisória. Revogação, no curso da instrução, pelo juízo de primeiro grau. Aplicação, na sentença, de medida socioeducativa de internação, com determinação de sua imediata execução, “independentemente da interposição de recurso”. Inadmissibilidade. Inexistência de motivação idônea. Internação que, antes do trânsito em julgado da sentença, não se desveste de sua natureza cautelar. Hipótese que traduz antecipação da tutela jurisdicional de mérito, incompatível com a presunção de inocência como “norma de tratamento”. Princípio que tem aplicação ao processo de apuração de ato infracional. Apelação, ademais, que deve ser recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 198 da Lei n.º 8.069/90 e do art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil. Constrangimento ilegal manifesto. Superação, nesse ponto, do óbice processual representado pela Súmula n.º 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento parcial da impetração. Ordem, nessa parte, concedida. Como o Superior Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a adequação ou não da medida socioeducativa de internação às condições pessoais do paciente, sua apreciação, de forma originária, pelo Supremo Tribunal Federal, configura inadmissível supressão de instância. Impossibilidade de a Suprema Corte analisar, *per saltum*, questão ainda não submetida ao crivo da instância antecedente. Precedentes.

1. Não compete ao Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula n.º 691, conhecer de *habeas corpus* contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, salvo hipótese de flagrante ilegalidade apta a ensejar o afastamento, em caráter excepcional, desse óbice processual, o que se constata na espécie.

2. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), como norma de tratamento, veda a imposição de medidas cautelares automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.



3. A presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflitivo.
4. A internação provisória, antes do trânsito em julgado da sentença, assim como a prisão preventiva, tem natureza cautelar, e não satisfativa, uma vez que visa resguardar os meios ou os fins do processo, a exigir, nos termos do art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a demonstração da imperiosa necessidade da medida, com base em elementos fáticos concretos.
5. Revogada, no curso da instrução, a internação provisória, somente a superveniência de fatos novos poderia ensejar o restabelecimento da medida.
6. Constitui manifesto constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio da presunção de inocência e ao dever de motivação, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 106 da Lei nº 8.069/90, a determinação, constante da sentença, de imediata execução da medida de internação, “independentemente da interposição de recurso”.
7. Nos termos do art. 198 da Lei nº 8.069/90 e do art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil, a apelação interposta contra sentença que impõe medida socioeducativa de internação deve ser recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, uma vez que não importa em “decidir o processo cautelar” nem em “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” (art. 520, IV e VII, do Código de Processo Civil). Inadmissível, portanto, sua execução antecipada.
8. Somente a interpretação sistemática do art. 108, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 – no sentido de que, antes do trânsito em julgado, admite-se apenas internação de natureza cautelar, cuja necessidade cumpre ao juiz demonstrar - autoriza imunizar a internação cautelar contra o efeito suspensivo da apelação.
9. Ordem concedida, para determinar a desinternação do paciente, a fim de que aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença que lhe impôs a medida socioeducativa de internação, salvo a superveniência de fatos que justifiquem a adoção dessa providência cautelar. (BRASIL; STF, Habeas Corpus nº. 122.072, 2014).

Tais decisões só demonstram que é fundamental romper de uma vez por todas com o menorismo e aplicar todas as garantias previstas no ECA, inclusive o direito de concessão de efeito suspensivo nos recursos de sentenças de aplicação de ato infracional e a garantia fundamental da presunção de inocência.

Conclusão

Depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se dizer que se pôs fim à **fase tutelar** de proteção à criança e ao adolescente. Por outro lado, passadas três décadas do Estatuto, continuamos a observar resquícios do **menorismo**. Identificar crianças e adolescentes sob um olhar crítico, à luz da garantia e manutenção dos Direitos Humanos e por meio de uma ação interdisciplinar fomentando o debate e principalmente a participação dos envolvidos, é algo indispensável para podermos avançar e quebrar com velhos paradigmas.

Em vista disso, buscamos demonstrar que a legislação aplicada aos recursos e os precedentes tanto do Supremo Tribunal Federal (que possui efeito vinculante e de observância



obrigatória, no caso das ações de controle concentrado e persuasivo último caso citado), quanto do Superior Tribunal de Justiça (ainda que somente persuasivo) demonstram a necessidade de respeitar a garantia da presunção de inocência no processo infracional, que prevalece sob a distorcida leitura, *concessa venia*, dos princípios protetivos. Expressamos nosso entendimento de que o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, irradiando seus efeitos para os processos infracionais, representa um novo marco de superação do **menorismo**.

Todos os seres humanos – ressalta Comparato (2015) – têm direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, o que ressalta a necessidade de conferir aos/às adolescentes que respondem por ato infracional todas as garantias constitucionais e processuais, o que naturalmente inclui a presunção da inocência. Urge consolidar de uma vez por todas o entendimento de que os direitos e garantias constitucionais valem para todas as pessoas, inclusive – no processo infracional-, aos adolescentes e às adolescentes.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Júlio Camargo de. Noções fundamentais sobre a teoria dos precedentes judiciais e sua aplicabilidade no Código Processual de 2015. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (Org.). **CPC 2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Poder Executivo, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 ago. 2020.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Poder Executivo, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Poder Executivo, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. **Lei nº 12.594 de 19 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Brasília, DF: Poder Executivo, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Legislativo, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 8 ago. 2020.



_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Poder Executivo, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº. 557.506.** ECA. Habeas Corpus. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Imposição de medida de semiliberdade. Menor que respondeu ao procedimento em liberdade. Execução provisória. impossibilidade de se tratar pessoa em desenvolvimento de forma mais gravosa que um adulto (Art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012). Princípios orientadores das nações unidas para a prevenção de delinquência juvenil. Observância. Constrangimento ilegal evidenciado. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 26 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-marco-aurelio.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 122.072.** Internação que, antes do trânsito em julgado da sentença, não se desveste de sua natureza cautelar. Hipótese que traduz antecipação da tutela jurisdicional de mérito, incompatível com a presunção de inocência como “norma de tratamento”. Relator: Min. Dias Toffoli, 02 de setembro de 2014.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. **Justicia y Derechos del Niño**, [s.l.], n. 1, pp. 48-62, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Por uma pedagogia da presença.** Brasília: Ministério da Ação Social, 1991.

D’ANDREA, Gustavo. **Uso de álcool e delinquência juvenil na cidade de Ribeirão Preto.** 2015. 184 f. Tese (Doutorado em Enfermagem Psiquiátrica). Faculdade de Enfermagem, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCON Y TELLA, Fernando. **Fundamentos e finalidades da Sanção.** São Paulo: RT, 2008.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar.** São Paulo: Veras, 2007.

FERREIRA, Emerson Benedito. **Crianças Infames.** Fragmentos de vidas no arquivo público e histórico de Ribeirão Preto. São Carlos: Pedro e João, 2019.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

FRASSETTO *et al.* Gênese e desdobramentos da Lei 12.594/2012: Reflexos na Ação Socioeducativa. **Revista Brasileira de Adolescência e Conflitualidade**, n. 6, p. 19-72, 2012. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/adolescencia/article/view/186>. Acesso em: 12 ago. 2020.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim *et al.* (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. *E-book*.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil.** 13. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020. *E-book*.



HAWKINS, J. David e WEIS, Joseph G. El modelo del desarrollo social: un enfoque integrado a la prevención de la delincuencia. **Comunicacion, Lenguaje y Educacion**, v. 7, n. 27, p. 115-133, 1995. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1174/021470395321341104>. Acesso em: 12 ago. 2020.

IAMAMOTO, Marilda; CARVALHO, Raul de. **Relações sociais e serviço social no Brasil: esboço de uma interpretação histórico-metodológica**. São Paulo: Cortez, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MIOTO, Regina Célia Tamasso; CAMPOS, Marta Silva; CARLOTO, Cássia Maria. **Familismo, direitos e cidadania: contradições da política social**. São Paulo: Cortez, 2015.

MOLINA, Jesus Valverde, **Proceso de inadapcion social**. 3 ed. Madrid: Editorial Popular, 1996.

MOTA, Maria Nazareth Vasques. **Jovens em conflito com a lei: Juventude Kafkaniana em Manaus**. Rio de Janeiro: Rizoma, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Genebra: ONU, 1959. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 8 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes de Riad**. Riad: ONU, 1988. Disponível em: https://www.mpam.mp.br/attachments/article/1802/DIRETRIZES%20DE%20RIAD%20_%20PREVEN%20C3%87%C3%83O%20DA%20DELINQU%20C3%8ANCIA%20%20JUVENIL.pdf. Acesso em: 8 ago. 2020.

PEREIRA, Camila Potyara. **Proteção social no capitalismo: crítica a teorias e ideologias conflitantes**. São Paulo: Cortez, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Processo Civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. *E-book*.

PLATT, Anthony M. **Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia**. 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1997.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**. Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 Ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão na apelação cível nº 1550055-68.2018.8.26.0015**. Procedência da representação, com aplicação da medida de semiliberdade. Irresignação da Defesa. Pleito de efeito suspensivo ao recurso. Inadmissibilidade. Recurso desprovido. Relatora: Juíza Daniela Maria Cilento Morsello, 30 de abril de 2020.



SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão na apelação cível nº 1501395-30.2019.8.26.0537**. Sentença que julgou procedente a representação e aplicou a medida socioeducativa de internação. Pedido de atribuição de efeito suspensivo prejudicado pelo julgamento do recurso. Recurso desprovido. Relatora: Juíza Dora Aparecida Martins, 18 de novembro de 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão na apelação cível nº 150910-25.2019.8.26.0015**. Procedência da representação, com aplicação de internação. Irresignação da Defesa no tocante à medida aplicada. Recurso desprovido. Relatora: Juíza Daniela Maria Cilento Morsello, 10 de julho de 2020.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistemas e garantias e o Direito Penal juvenil**. São Paulo: RT, 2008.

SPOSATO, Karina Batista. **Direito Penal de Adolescentes. Elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais: afinal do que se trata?**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

VAY, Giancarlo Silkunas. A regra de tratamento de inocência antes do trânsito em julgado de sentença condenatória na seara da infância e juventude e a execução provisória da medida socioeducativa. **Revista Liberdades**, n. 20, p. 188-203, set./dez. 2015. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/25/Lib20_Infancia01.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹“Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei n 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações: I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo; II - em todos os recursos, salvo nos embargos de declaração, o prazo para o Ministério Público e para a defesa será sempre de 10 (dez) dias; III - os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor; IV, V, VI (Revogados pela Lei nº 12.010, de 2009); 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”. (BRASIL, 1990). O art. 198 faz referência expressa à Lei 5.869/73. A norma contida no artigo indica que o sistema recursal é do Código de Processo Civil, de modo com o advento do atual Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, é este o aplicável.

²“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I - homologa divisão ou demarcação de terras; II - condena a pagar alimentos; III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI - decreta a interdição. § 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença. § 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II - relator, se já distribuída a apelação. § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.” (BRASIL, 2015)

³“Art. 199-A. A sentença que deferir a adoção produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação, que será recebida exclusivamente no efeito devolutivo, salvo se se tratar de adoção internacional ou se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando. Art. 199-B. A sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo.” (BRASIL, 1990)



⁴“Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.” (BRASIL, 2015)

⁵“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. [...] § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.” (BRASIL, 2015)

⁶“Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.” (BRASIL, 2015)

⁷“[...] **Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade e sendo despiciendo o preparo (ECA, art. 198, I), o recurso é conhecido e recebido, admitindo-se o seu processamento, contudo, apenas no efeito devolutivo. Isso porque, nos termos do art. 995 do Código de Processo Civil, a executividade da sentença é imediata nas ações socioeducativas. De fato, considerando a finalidade pedagógica das medidas impostas nestas demandas, bem como os princípios da brevidade e da intervenção precoce, o adiamento de sua aplicação consubstanciaria evidente entrave ao processo de ressocialização do adolescente, especialmente por mantê-lo exposto a meio de risco.** [...] Não se pode olvidar, ademais, que as medidas socioeducativas devem obedecer ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, **ante seu caráter preponderantemente ressocializador.**[...] (SÃO PAULO; TJSP, Acórdão na apelação cível nº 1500014-64.2020.8.26.0015, 2020. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860087416/apelacao-civel-ac-15000146420208260015-sp-1500014-6420208260015/inteiro-teor-860087435?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 de agosto de 2020) [...]. **Pedido de atribuição de efeito suspensivo prejudicado pelo julgamento do recurso.** [...] (SÃO PAULO; TJSP, Acórdão na apelação cível nº 1500925-13.2019.8.26.0015, 2020, DJSP: outubro 2019. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/diarios/265995712/djsp-judicial-2a-instancia-10-10-2019-pg-2520?ref=previous_button. Acesso em 20 de agosto de 2020); [...]Ato infracional análogo a ameaça. Internação. Irresignação da Defesa. Pleito de efeito suspensivo ao recurso. Inadmissibilidade. Execução imediata da medida que se impõe, à luz de sua finalidade pedagógica (...). **Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade e sendo despiciendo o preparo (ECA, art. 198, I), o recurso é recebido e conhecido, admitindo-se o seu processamento, contudo, apenas no efeito devolutivo. Isso porque, nos termos do art. 995 do CPC, a executividade da sentença é imediata nas ações socioeducativas. De fato, considerando a finalidade pedagógica das medidas impostas nestas demandas, bem como os princípios da brevidade e da intervenção precoce, o adiamento de sua aplicação consubstanciaria evidente entrave ao processo de ressocialização do adolescente, especialmente por mantê-lo exposto a meio de risco.** Menciono, nesse sentido, precedente do E. STJ: “Condicionar a execução da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional. Pela simples leitura dos dispositivos da Lei 12.010/2009, percebe-se que todos os seus dispositivos dizem respeito ao processo de adoção, o que permite inferir que, ao revogar o inciso VI do artigo 198 do ECA, que também tratava de recursos interpostos contra sentenças cíveis, não foi sequer cogitado pelo legislador que tal modificação se aplicaria a processos por ato infracional, que nada têm a ver com processos de adoção de crianças e adolescentes” (STJ; Habeas Corpus nº 301.135/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti, j. 21.10.2014). (SÃO PAULO; TJSP, Acórdão na apelação cível nº 1516452-31.2019.8.26.0071, 2020. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/832969022/apelacao-civel-ac-15164523120198260071-sp-1516452-3120198260071/inteiro-teor-832969042?ref=feed>. Acesso em 20 de agosto de 2020).

⁸Nesse sentido: “Em sua origem histórica, a ideia de devido processo (*due process*) está associada à proteção da liberdade e, dessa forma, à noção de legalidade. Qualquer restrição à liberdade – assim entendida como esfera pessoal de liberdade que compreende a propriedade – somente pode ser realizada mediante processo e julgamento previamente definidos em lei (GOMES CANOTILHO *et al.*, 2018, n.p.)

⁹“Direito da criança e do adolescente. Possibilidade de cumprimento imediato de medida socioeducativa imposta em sentença. Nos processos decorrentes da prática de atos infracionais, é possível que a apelação interposta pela defesa seja recebida apenas no efeito devolutivo, impondo-se ao adolescente infrator o cumprimento imediato das medidas socioeducativas prevista na sentença. Primeiramente, em que pese haver a Lei 12.010/2009 revogado o inc. VI do art. 198 do ECA, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos, continua a vigor o disposto no art. 215 do ECA, o qual dispõe que ‘o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte’. Assim, se é verdade que o art. 198, VI, do ECA não mais existe no mundo jurídico, a repercussão jurisprudencial dessa *mutatio*



legis parece ser inexistente, tamanha a evidência de que a nova lei não veio para interferir em processos por ato infracional, mas apenas em processos cíveis, sobretudo nos de adoção. Isso porque, pela simples leitura da Lei 12.010/2009 percebe-se que todos os seus dispositivos dizem respeito ao processo de adoção, o que permite inferir, indubitavelmente, que, ao revogar o inc. VI do art. 198 do ECA – que também tratava de recursos contra sentenças cíveis –, não foi, sequer em hipótese, imaginado pelo legislador que tal modificação se aplicaria a processos por ato infracional, que nada têm a ver com processos de adoção de crianças e adolescentes. Lógico inferir, portanto, que os recursos serão, em regra, recebidos apenas no efeito devolutivo, inclusive e principalmente os recursos contra sentença que acolheu a representação do Ministério Público e impôs medida socioeducativa ao adolescente infrator. Ademais, cuidando-se de medida socioeducativa, a intervenção do Poder Judiciário tem como missão precípua não a punição pura e simples do adolescente em conflito com a lei, mas sim a recuperação e a proteção do jovem infrator. Sendo assim, as medidas previstas nos arts. 112 a 125 do ECA não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. Além disso, diferentemente do que ocorre na justiça criminal comum, que se alicerça sobre regras que visam proteger o acusado contra ingerências abusivas do Estado em sua liberdade, a justiça menorista apoia-se em bases peculiares, devendo se orientar pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, definidos no art. 227 da CF e nos arts. 3.º e 4.º do ECA. Por esse motivo, e considerando que a medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora, não há de se falar em ofensa ao princípio da não culpabilidade, previsto no art. 5.º, LVII, da CF, pela sua imediata execução. Assim, condicionar, de forma automática, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional”. (HC 301.135/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 21.10.2014, DJe 01.12.2014. Disponível em http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277968/STJ_Habeas_Corpus_301135_SP.pdf. Acesso em 20 de agosto de 2020).

¹⁰“A mera alusão à gravidade abstrata do ato infracional supostamente protagonizado pelo paciente não permite, por si só, a aplicação da medida de internação. Ordem deferida para cassar a desfundamentada ordem de internação e determinar ao juízo processante que aplique medida protetiva de natureza diversa”. (STF. HC 105.917, rel. min. Ayres Britto, j. 7-12-2010, 2ª T, DJE de 13-6-2011; HC 122.886, rel. min. Roberto Barroso, j. 19-8-2014, 1ª T, DJE de 15-9-2014; HC 119.667, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18-12-2013, 2ª T, DJE de 13-2-2014).

¹¹Diretrizes de Riad: “IV. PROCESSOS DE SOCIALIZAÇÃO. 9. Deverá ser prestada uma atenção especial às políticas de prevenção que favoreçam à socialização e à integração eficazes de todas as crianças e jovens, particularmente através da família, da comunidade, dos grupos de jovens nas mesmas condições, da escola, da formação profissional e do meio trabalhista, como também mediante a ação de organizações voluntárias. Deverá ser respeitado, devidamente, o desenvolvimento pessoal das crianças e dos jovens que deverão ser aceitos, em pé de igualdade, como co-participantes nos processos de socialização e integração”. (ONU, 1988)

¹²“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. (BRASIL, 1941)

¹³“[...] O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva. O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável. [...] O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir. A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores [...]” Trecho do Voto do Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43/44 e 54. (BRASIL; STF, ADC 43 DF, 2019)



¹⁴Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” (BRASIL, 1999).

¹⁵Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

¹⁶“A título de contribuição, este autor entende que precedentes pertencem à categoria das fontes normativas, atuando, portanto, enquanto fonte de Direito. Consubstancia, assim, ferramenta hermenêutica, que cria ou define a norma jurídica aplicável ao caso concreto, que será, por sua vez, replicado em casos futuros” (AZEVEDO, 2018, p. 554).

¹⁷ Art. 5º. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁸“Dentre outras circunstâncias que podem ser consideradas, chama-se a atenção para dois fatores aparentemente indispensáveis à formação do precedente: a) a racionalidade argumentativa da decisão; b) a capacidade de transcendência do julgado [...] Importante para os objetivos deste ensaio é demonstrar que este ônus argumentativo insito ao dever constitucional de motivação das decisões jurisdicionais (art. 93, inc. IX, CF/88), além de corolário do Estado Democrático de Direito, acaba abrigando verdadeira condição de possibilidade para que determinada *ratio decidendi* seja posteriormente trabalhada sob a ótica de um precedente. Defende-se, outrossim, que uma decisão judicial desprovida de racionalidade argumentativa, que limite substancialmente o contraditório ou que se apresente com motivação débil, contraditória, superficial ou inexistente, ainda que invocada posteriormente como tal, não poderá ser tomada legitimamente enquanto precedente, quer por falta de preenchimento dos requisitos de validade antes delineados, quer pela inviabilidade prática de surtir os efeitos racionais que dele se espera (segurança jurídica, previsibilidade, isonomia, coerência e integridade). [...] Igualmente, para que se possa efetivamente extrair uma adequada *ratio decidendi* de um precedente, necessário que a situação fática decidida anteriormente seja repetida no futuro, bem como seja novamente levada ao crivo do Poder Judiciário. A inviabilidade da repetição fática, a exemplo de um evento pontual e episódico, embora não exclua o precedente enquanto fonte do Direito, restringe, em larga medida, sua aplicação prática”. (AZEVEDO, 2018, p. 554-557).



O procedimento especial para controle das restrições ao direito à convivência familiar e comunitária: uma omissão inconstitucional

The special procedure for controlling restrictions on the right to live in a family and a community environment: an unconstitutional omission

Bruno César da Silva

Defensor Público do Estado de São Paulo
Membro do Núcleo Especializado de Infância e Juventude da DPESP
Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP).
Mestre em Direitos Fundamentais pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru)
Professor do curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
bcsilva@defensoria.sp.def.br

Peter Gabriel Molinari Schweikert

Defensor Público do Estado de São Paulo
Defensor Público Assistente da Escola da Defensoria Pública de São Paulo (EDEPE)
Membro do Núcleo Especializado da Infância e Juventude da DPESP
Especialista em Direitos Fundamentais (IBCCRIM-FDUC) e em Psicossociologia da Juventude e Políticas Públicas (FESPSP)
Mestrando em Direito Constitucional (PUC-SP)
pgschweikert@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo defende que a inexistência de uma regulamentação para os procedimentos de aplicação e execução das medidas de acolhimento (art. 101, incisos VII e VIII, do ECA) consubstancia omissão inconstitucional, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) e dos direitos a organização e procedimento, corolários da dimensão objetiva do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Ao final, defende-se instrumentos processuais e procedimentais mínimos que devem existir em qualquer iniciativa legal que pretenda a regulamentação destes procedimentos.

Palavras-chave: direito ao procedimento. Convivência familiar e comunitária. Medida de Acolhimento.

Abstract

This article argues that the lack of regulation for the procedures to application and execution of institutional and foster care measures (art. 101, items VII and VIII, ECA) constitutes an unconstitutional omission, given the fundamental right to adequate and effective judicial protection (art. 5, item XXXV, of CF / 88) and the rights to organization and procedure, corollaries of the objective dimension of the fundamental right to family and community coexistence. In the end, it defends the minimum right to due process and procedural instruments that must exist in any law initiative that intends to regulate these procedures.

Keywords: right to the procedure. Family and community coexistence. Institutional and Foster care



Introdução

Já é lugar comum para quem trabalha ou desenvolve pesquisa na área da infância e juventude a compreensão de que, desde o advento da Constituição Federal de 1988 e a incorporação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, operou-se verdadeiro giro paradigmático na proteção jurídica de crianças e adolescentes, abandonando-se posturas tutelares e discriminatórias de outrora e passando não apenas a concebê-los como sujeitos de direitos, destinatários de proteção integral com prioridade absoluta, mas também reconhecendo-os como seres dotados de autonomia progressiva e, portanto, capazes para exercer e reivindicar, em nome próprio, seus direitos fundamentais.

Por outro lado, é também lugar comum a constatação de que, se no plano normativo a alteração de paradigmas ocorreu com maestria e em consonância com tratados internacionais de direitos humanos, visando à superação de violências estruturais e desigualdades históricas, no plano fático e institucional - e, mais especificamente, no dia-a-dia das Varas da Infância e Juventude e na atuação do Sistema de Garantia de Direitos (SGD) - a busca pela superação do anacrônico paradigma menorista, fundado nos Códigos de Menores, não é tão clara. Ao revés, são diuturnas as denúncias de violações de direitos praticadas pelas mais diversas instituições, ainda que a pretexto de “proteger a infância carente e abandonada”.

Exemplo disso é a forma absolutamente diacrônica com que diferentes juízos da infância e juventude decretam e executam a medida de acolhimento institucional de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação de direitos. De acordo com os levantamentos qualitativos realizados ao longo dos últimos anos, ainda hoje, passados 30 anos da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, inúmeras crianças e adolescentes são separados diariamente de suas famílias e institucionalizados sem a observância das cautelas psicossociais e requisitos legais. Boa parte das famílias, aliás, permanece dividida exclusivamente por motivos relacionados à própria situação de pobreza e marginalização social.

Desse modo, com o objetivo de contribuir com os movimentos de resistência que lutam incansavelmente para a superação da “dupla crise” (de implementação e interpretação) do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) denunciada por Emílio García Mendez¹, propomos demonstrar a imprescindibilidade da regulamentação legal dos procedimentos de aplicação e execução da medida de acolhimento, de modo a não apenas possibilitar a uniformização da atuação prática no âmbito das Varas da Infância e Juventude, mas, principalmente, a proporcionar a efetiva e plena possibilidade de controle (da legalidade, constitucionalidade e convencionalidade) das intervenções realizadas pelo Poder Público no âmbito de proteção do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

1. Direito fundamental ao devido procedimento

A convivência familiar e comunitária possui verdadeira natureza de direito fundamental (art. 5º, §2º, c.c. art. 227, CF). Em se tratando de direito fundamental, eventuais intervenções em seu âmbito de proteção devem estar sujeitas a rigoroso controle de legalidade e



constitucionalidade, sob pena de, a pretexto promoverem direitos fundamentais colidentes, transformarem-se em verdadeiras violações².

Para tanto, fundamental que o Estado, guardião e promotor dos direitos fundamentais, viabilize aos cidadãos instrumentos e ferramentas que permitam o controle das intervenções que incidam no âmbito de proteção daqueles direitos, controle esse que deve ser realizado pelo Poder Judiciário (embora não exclusivamente por ele).

Sucedem que a mera garantia de acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) não é suficiente para que a verificação da legalidade, constitucionalidade e convencionalidade das intervenções realizadas pelo Poder Público, na medida em que, para que a tutela jurisdicional possa ser efetiva à defesa e satisfação do direito material, salutar a previsão de procedimentos e instrumentos procedimentais que sejam adequados às características peculiares de cada direito.

Não por outro motivo que uma das principais decorrências da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste no reconhecimento de funções organizatórias e procedimentais. Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, analisando os direitos a organização e aos procedimentos enquanto realizadores e asseguradores dos direitos fundamentais, aponta que:

Procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido por meio da observância dessas regras e/ou respeito aos princípios, então, ele deve, do ponto de vista procedimental, ser classificado positivamente. Se ele não é obtido dessa forma, ele é, do ponto de vista procedimental, defeituoso, e deve ser, por isso, classificado negativamente. *Esse conceito amplo de procedimento engloba tudo o que está incluído na fórmula 'realização e asseguarção dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento'.* Nesse sentido, a despeito das visíveis diferenças, as normas do direito contratual e as normas do direito processual definem igualmente um procedimento: as primeiras estabelecem como se pode produzir uma obrigação contratual; as segundas, um julgamento. Ao mesmo tempo, o conceito amplo de procedimento faz com que fique claro o que é relevante na ideia de procedimento no âmbito dos direitos fundamentais. *As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais³.*

Inclusive, para o referido autor estamos diante de direitos subjetivos a procedimentos, que tanto podem ser “direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais⁴”, tendo como destinatário na primeira hipótese o legislador, e, no caso da proteção jurídica efetiva, os tribunais.

É por isto, que alguns autores, entre eles Cássio Scarpinella Bueno, tem defendido a existência de um “direito fundamental à efetividade da jurisdição⁵⁶”. Kazuo Watanabe explica como a Constituição impõe essa efetividade:

tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura ‘uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça’, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que



efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes no sistema de instrumentos processuais organizado pelo legislador ordinário⁷.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, tendo como denominador comum a necessidade de atribuir direitos a procedimentos aos direitos fundamentais materiais, partiu de uma ideia de proteção jurídica efetiva como um elemento essencial do próprio direito fundamental, para estender para um direito à proteção dos direitos fundamentais por meio de procedimentos. “Atualmente é possível afirmar que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a todo direito fundamental material são atribuídos direitos a procedimentos⁸”.

Desta forma, o direito processual volta-se para a aplicação do direito material. É o direito processual quem realiza o direito material, e, desta forma, sofre influências desse, desempenhando assim finalidade de instrumento do direito material⁹.

Sempre que normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos fundamentais. Se não houver princípios contrapostos, então, há um direito definitivo à sua aplicação. Assim, no que diz respeito à conexão entre direitos fundamentais e procedimentos legais, os aspectos procedimental e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material¹⁰.

A “terceira onda de acesso à justiça”, proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra *Acesso à Justiça*¹¹, propõe exatamente a necessidade de se pensar o processo enquanto esse realizador do direito material, assumindo que o processo deve ser pensado de uma tal forma que garanta, na sua plenitude, as realizações e as fruições asseguradas no plano do direito material.

É fundamental neste ponto se buscar um equilíbrio entre a técnica processual e os escopos do processo, construindo um sistema processual tecnicamente eficaz, apto a alcançar seus objetivos de maneira adequada¹².

Assim, inequívoca a existência de um direito ao devido procedimento que seja adequado à tutela efetiva do direito material reivindicado.

2. O controle das intervenções no âmbito de proteção do direito fundamental à convivência familiar e comunitária

2.1. Aspectos gerais

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança dispõe, em suma, que os Estados devem garantir que crianças e adolescentes não sejam separados de seus pais contra a vontade destes, salvo quando tal separação seja necessária tendo em vista o melhor interesse da criança, e mediante determinação das autoridades competentes, sujeita a revisão judicial, e em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis (art. 9º).



Enquanto direito fundamental, a convivência familiar e comunitária assume a estrutura normativa de princípio e, portanto, deve ser realizada na maior medida do possível, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Por outro lado, como os demais direitos fundamentais, o direito à convivência familiar e comunitária não é absoluto, mas passível de restrições, mormente quando se apresenta em rota de colisão com outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e ao respeito de crianças e adolescentes.

Assim, em que pese o comando de *não-intervenção* (ou de *intervenção mínima*) na vida familiar (art. 1.513 do Código Civil c.c. art. 100, parágrafo único, inciso VII, ECA¹³), excepcionalmente a legislação autoriza a imposição de medidas interventivas por parte do Estado, com o objetivo de salvaguardar direitos ameaçados ou violados de crianças e adolescentes. Tais intervenções são feitas sob a forma de *medidas de proteção* (arts 13-B, 101, 129, 130, do ECA; art. 21 da Lei n 13.431/17; arts. 22 e 23 da Lei n° 11.340/06, entre outras).

A aplicação das medidas de proteção, quer pelos Conselhos Tutelares (nos limites de suas atribuições¹⁴), quer pelo Poder Judiciário, não está inteiramente no âmbito de discricionariedade do agente aplicador, na medida em que se submetem tanto aos critérios gerais de aferição da legitimidade e legalidade das restrições aos direitos fundamentais (reserva legal, proporcionalidade, respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais etc¹⁵), como também a pressupostos e requisitos específicos, no que se refere ao direito à convivência familiar e comunitária.

A propósito, deve-se ter em mente, sempre, que eventuais intervenções do Estado no âmbito da família, ainda que a pretexto de proteger direitos de crianças e adolescentes, podem causar ainda mais prejuízos às pessoas em desenvolvimento. Diversos autores são categóricos em afirmar que a separação da criança e do adolescente do convívio com a família, seguida de institucionalização, pode repercutir negativamente sobre seu desenvolvimento, sobretudo quando não for acompanhada de cuidados adequados, administrados por um adulto com o qual possam estabelecer uma relação afetiva estável, até que a integração ao convívio familiar seja viabilizada novamente¹⁶.

Por essas razões, pode-se afirmar, em suma, que para que uma medida de proteção seja constitucional, legal e legítima, deve, necessariamente, observar tanto os critérios gerais (acima expostos), quanto os pressupostos e requisitos (a seguir delineados) e, ainda, um juízo de ponderação, à luz das circunstâncias do caso concreto, entre (a) as reais capacidades protetivas do grupo familiar (devidamente contextualizadas); (b) o grau de ameaça ou violação de direitos a que estão expostos em virtude da ação ou omissão da família; e (c) os prejuízos concretos que podem advir à criança ou ao adolescente a partir da intervenção do Estado, sobretudo quando tal intervenção tiver como consequência a separação, ainda que provisória, do grupo familiar.

E para que o cumprimento de tais pressupostos e requisitos possa ser fiscalizado, imprescindível a existência de um procedimento próprio para tanto, adequado às particularidades do direito material tutelado: o direito à convivência familiar e comunitária.



2.2. Pressupostos para aplicação das medidas de proteção

Antes de se adentrar especificamente o tópico sobre quais as particularidades devem existir num procedimento que se proponha a fiscalizar as intervenções do Estado no âmbito das famílias (especialmente das famílias pobres), necessária breve explanação sobre quais os pressupostos e requisitos que devem ser analisados em seu bojo.

Embora seja, talvez, contraintuitivo, pode-se sustentar que toda medida de proteção corresponde, necessariamente, a uma forma de intervenção do Estado na vida das famílias, em maior ou menor grau. Basta lembrar que, uma vez aplicada medida de proteção pelo Conselho Tutelar, ainda consubstanciada no encaminhamento a algum serviço ou programa socioassistencial, o cumprimento ou não de tal medida passa a gerar um acompanhamento do grupo familiar pelo Colegiado, que poderá, na hipótese de descumprimento da medida, aplicar medida mais gravosa, representar ao Ministério Público para propor o acolhimento institucional ou até representar pela prática de infração administrativa (art. 249, ECA).

Assim, na medida em que as famílias possuem proteção constitucional especial contra ingerências indevidas em seu seio – reforçadas pelas garantias de proteção à sua intimidade, privacidade e inviolabilidade do domicílio (art. 5º, incisos X e XI, CF/88) – apenas em hipóteses excepcionais, devidamente previstas em lei, pode-se admitir a restrição ao seu âmbito de proteção.

Nesse sentido, o art. 98 do Estatuto Protetivo estabelece em quais circunstâncias se admite a aplicação das medidas de proteção. São, em outras palavras, *os pressupostos* para a aplicação das medidas de proteção: (a) ação ou omissão do Estado que ocasione ameaça ou violação dos direitos das crianças ou adolescentes; (b) ação ou omissão da família (em sentido amplo) que ocasione ameaça ou violação dos direitos das crianças ou adolescentes; (c) autocolocação em situação de ameaça ou violação de seus direitos¹⁷.

Uma primeira observação importante é que, ao contrário do que se vê na prática, a lei exige a demonstração de uma situação objetiva de ameaça ou violação de direitos, o que não se confunde com a noção de *risco* (conceito de imprecisão teórica bastante séria¹⁸).

Por outro lado, em relação à conduta omissiva das famílias, fundamental que se problematize o conceito de negligência, adotado de forma bastante vulgarizada e pouco técnica, quer por diversos atores e atrizes do Sistema de Garantia de Direitos, quer por parte significativa dos Juízos da Infância e Juventude Brasil afora. Nesse sentido, apenas se pode admitir a aplicação de medidas de proteção quando eventual situação de ameaça ou violação de direitos decorrer de *omissão dolosa* por parte da família, isto é, quando a família, embora reúna plena possibilidade de garantir a satisfação dos direitos fundamentais, necessidades e desejos da criança/adolescente, deixa de fazê-lo.

Diferentemente, se a família deixa, eventualmente, de satisfazer as necessidades, desejos ou de promover os direitos de crianças e adolescentes *em virtude de sua própria condição de privação, carência ou insuficiência de recursos*, não há que se cogitar no preenchimento do pressuposto para a intervenção do Estado na vida da família, por meio das medidas de proteção, mas sim no *direito de ação (pela via administrativa ou pela via judicial) para buscar o acesso às políticas públicas e satisfação de seus próprios direitos sociais* (ex. acesso a serviços de saúde,



inclusão em programas de transferência de renda, acesso a políticas socioassistenciais de fortalecimento de vínculos, acesso a programas habitacionais, acesso à políticas de acesso à água e saneamento básico etc).

Veja-se que o acesso aos serviços e bens sociais não se dá exclusivamente pela via das medidas de proteção, que possuem natureza interventiva imanente (em maior ou menor grau, a depender da específica medida adotada). A concretização dos direitos sociais decorre da própria exigibilidade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), sem qualquer necessidade de intermediação por parte do Conselho Tutelar ou do Juízo da Infância e Juventude. Essa reflexão é fundamental para se afastar uma possível dimensão fiscalizatória (atribuição de consequências cíveis ou administrativas em razão de eventual descontinuidade no acompanhamento daquelas políticas) às famílias que simplesmente lutam pela concretização dos direitos de que são titulares.

Infelizmente, a pobreza ainda é travestida de negligência nos discursos diuturnos de parte do Sistema de Garantia de Direitos e do próprio Sistema de Justiça¹⁹. Não se pode descuidar que as próprias famílias possuem direito de autodeterminação e, no exercício do poder familiar, de reprodução intergeracional de práticas culturais e ideologias, de professar a fé e de transmitir críticas e crenças.

2.3. Requisitos para aplicação das medidas de proteção

Os requisitos para a aplicação das medidas de proteção estão previstos no art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto em seu *caput* quanto em seu parágrafo único, na forma de *princípios informadores*.

De acordo com o *caput* do art. 100, “na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. Nesse sentido, para que se possa cogitar a aplicação de uma medida de proteção, deve-se observar se a medida tem o potencial de efetivamente atender às necessidades pedagógicas do grupo familiar, ou seja, que tenha de fato *pertinência* relativamente à situação de ameaça ou violação constatada.

Por outro lado, há uma preferência legal às medidas de visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários ou, a contrário senso, que não impliquem a fragilização ou, pior, o rompimento desses vínculos. É dizer, há uma relação de *subsidiariedade* entre as medidas de proteção previstas em lei, havendo um grau de escalonamento orientado pelo grau de restrição ao direito à convivência familiar e comunitária (*advertência e entrega das crianças/adolescentes aos pais* → *inclusão em políticas públicas e acompanhamento sistemático + medidas de proteção em favor de crianças e adolescentes vítimas de violência*²⁰ → *aplicação das medidas de acolhimento familiar e institucional* → *colocação em família substituta por guarda ou tutela* → *suspensão do poder familiar* → *destituição do poder familiar* → *adoção*)²¹.

Uma correta análise do requisito especial da excepcionalidade que grava as medidas de acolhimento institucional e familiar (art. 101, §1º, ECA²²), justamente reforça essa conclusão. Em igual sentido é a necessidade de demonstração da ineficácia das medidas que mantenham ou reintegrem as crianças e adolescentes em sua família como condição *sine qua non* ao decreto



judicial de destituição do poder familiar, o qual, por sua vez, é pressuposto para a adoção de crianças e adolescentes, quando não consentida.

Trata-se, ao fim e ao cabo, da própria aplicação da regra da proporcionalidade (art. 100, parágrafo único, inciso VIII, ECA), mais especificamente da sua sub-regra ou teste da *necessidade*, ou seja, da análise comparativa de todas as medidas interventivas que, embora restrinjam um direito fundamental (direito à convivência familiar e comunitária) igualmente promovam ou fomentem outro direito em rota de colisão (vida, saúde, integridade física, integridade psíquica da criança ou do adolescente)²³.

Adaptando as lições de Robert Alexy, apenas será proporcional eventual medida de proteção (ex. acolhimento institucional) caso não haja nenhuma alternativa que igualmente promova o direito fundamental da criança/adolescente em situação de ameaça ou violação, mas que restrinja, em menor grau, o direito à convivência familiar e comunitária.

Por fim, consigne-se que também os demais princípios contidos no parágrafo único do art. 100 do Estatuto podem ser considerados *requisitos* à aferição da legalidade ou legitimidade das medidas de proteção. Nesse sentido, uma medida de proteção não pode ser admitida caso viole ou inobserve qualquer deles.

3. Aspectos fundamentais para uma proposta de regulamentação do procedimento de aplicação e controle das medidas de acolhimento familiar e institucional

Diante da omissão inconstitucional do legislador brasileiro, que passados 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não regulamentou procedimentos para tutela dos direitos de crianças/adolescentes e suas famílias à convivência comunitária e, em especial, a proteção face ao Estado nos processos que envolvem o afastamento da família natural e extensa, se faz urgente a regulamentação do tema.

Não se pretende neste espaço propor redação de projeto de lei que resolva a questão mas sim apresentar reflexão sobre os aspectos fundamentais que devem ser englobados quando da regulamentação do procedimento de aplicação e controle das medidas de acolhimento familiar e institucional.

Neste sentido, as futuras alterações legislativas devem levar em consideração que estamos diante da necessidade de controle jurisdicional (1) da necessidade de aplicação da medida de proteção mais severa, que afasta a criança do convívio familiar e (2) do acompanhamento das intervenções psicossociais e das políticas públicas voltadas a permitir o retorno da criança à família. O procedimento deve ter então uma fase de conhecimento (ainda que simplificada diante das características do direito material envolvido) e uma fase de execução.

Para a primeira fase, entendemos que um aspecto fundamental a ser inserido no sistema é a necessidade de realização de uma audiência inicial de estudo diagnóstico, que preferencialmente deverá acontecer antes do acolhimento institucional, mas que também pode ser instrumento importante de controle do sistema de justiça dos acolhimentos realizados de forma emergencial pelos Conselhos Tutelares.



Desta forma, na presente sugestão, proposta a ação para aplicação de medida de acolhimento deveria ser designada audiência para avaliação em rede do diagnóstico do caso, decidindo-se só então pela aplicação da medida através da antecipação da tutela ou pela sua manutenção, nos casos de acolhimento emergencial (controle judicial *a posteriori* - art. 93, parágrafo único, ECA).

Nesta audiência serão convidados a participar todos os integrantes da rede de proteção que atuam no acompanhamento da família envolvida e que poderão assim apresentar suas considerações sobre o caso, as dificuldades e os aspectos positivos da família, vistos aqui como "organismos vivos", capazes de se rearranjarem para superar adversidades - o que reforça a autonomia das famílias e, ao mesmo tempo, materializa uma espécie de ação afirmativa contra violências históricas dirigidas contra elas pela presunção de sua inaptidão de exercício das funções de cuidado (art. 2º do Código de Menores).

Em respeito aos princípios da atualidade, da intervenção precoce e da brevidade esta audiência deve ser realizada com urgência, tão logo proposta a ação ou diante do acolhimento emergencial.

Essa proposta se coaduna com dois aspectos do Novo Código de Processo Civil, seja porque funciona como audiência de justificação prévia qualificada (Art. 300 §2º do CPC), seja porque pode fazer as vezes de espécie de audiência de conciliação onde pontos já poderão ser negociados, inclusive procedimentais (Art. 190 do CPC).

Neste contexto, cumpre notar que o Código de Processo Civil inaugura sistemática processual de amplo estímulo à conciliação/mediação (art. 3º, §3º, CPC). Com efeito, a designação de audiência de conciliação ou de mediação passa a ser imperativo legal, salvo em caso de expresso desinteresse da parte ou descabimento de autocomposição, conforme art. 334, *caput* e §4º, do Código de Processo Civil.

Assim, a citação não se dá para apresentação de contestação, mas sim a fim de que o (a) requerido (a) se apresente para audiência de conciliação (art. 334, NCPC).

Portanto, deve ser oportunizada a audiência de conciliação anterior à contestação (art. 334 c.c. art. 1.046, CPC). Vale dizer, o fato de haver direito indisponível nestas ações não obsta a realização desta audiência inaugural; antes, impõe-se a reinterpretação de seu conteúdo, à luz da legislação infancista, a fim de que a questão seja observada sob a ótica do superior interesse da criança.

Destaco que a realização dessa audiência inaugural não afasta a necessidade de que a demanda seja proposta já lastreada em recomendação técnica que materialize os princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade do acolhimento, uma vez que, não havendo sugestão técnica para o acolhimento, este não poderá ser autorizado pelo juiz, como verdadeira condicionante para a determinação judicial, similar ao que ocorre na necessidade de laudo médico para internação hospitalar.

Conforme dispõem as "Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes", aprovadas pela Resolução Conjunta n. 1, de 18 de junho de 2009 do CONAMDA e CNAS:



[...] o afastamento da criança ou do adolescente da sua família de origem **deve advir de uma recomendação técnica**, a partir de um **estudo diagnóstico, caso a caso**, preferencialmente **realizado por equipe interdisciplinar** de instituição pública [...] em **estreita articulação com a Justiça da Infância e da Juventude** e o Ministério Público, de forma a subsidiar tal decisão (grifos nossos).

Ademais, o texto menciona que “*a decisão pelo afastamento do convívio familiar é extremamente séria e terá profundas implicações, tanto para a criança, quanto para a família. Portanto, deve ser aplicada apenas quando representar o melhor interesse da criança ou do adolescente e o menor prejuízo ao seu processo de desenvolvimento*”.

O segundo aspecto fundamental que deve ser contemplado quando da elaboração do procedimento pelo legislador é a necessidade de se considerar a criança e o adolescente envolvidos como sujeitos de direitos processuais.

Não se faz necessário neste espaço, discorrer acerca do status conferido a crianças e adolescentes pela doutrina da proteção integral consagrada na Constituição Federal de 1988, mas vale sempre lembrar que, na prática, essa condição de sujeito de direitos ainda não é aplicada quanto aos seus direitos processuais, ficando o infante excluído de todo o debate processual sobre questões de seu interesse direto, em violação não só a Constituição e ao ECA, mas também a regra 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Assim, fundamental que as mudanças legislativas prevejam instrumentos processuais de inclusão da criança como parte no processo, com direito pleno de interagirem e participarem da formação da decisão judicial, em um processo que produza solução efetivamente democrática para todos os envolvidos. Questões como sua citação para compor a relação processual e seu direito a assistência jurídica dissociado da de seus representantes legais, são pontos mínimos fundamentais neste debate.

Passando para a fase de execução da medida de proteção, o terceiro aspecto fundamental é a necessidade urgente de que fique clara sua natureza jurisdicional e de que todos estes procedimentos devam ocorrer sob o crivo do contraditório.

É totalmente absurdo em um estado democrático de direito imaginar que ainda temos tantas decisões judiciais que envolvem direitos fundamentais tomadas em processos em que não houve qualquer possibilidade de participação das partes atingidas pela decisão, em verdadeiro procedimento secreto. A regulamentação deve, portanto, deixar clara a necessidade de que crianças, adolescentes e familiares envolvidos devem participar diretamente de todos os momentos do processo, em uma visão tridimensional do princípio do contraditório (informação, reação e não surpresa).

O quarto aspecto fundamental na construção do procedimento diz respeito a necessidade de tornar as avaliações mais objetivas e menos descentralizadas das figuras das equipes técnicas do judiciário.

Para tanto, o instrumento que pode ser utilizado, ainda que não tenha atingido até o momento essa finalidade nos processos socioeducativos, é o Plano Individual de Atendimento



(PIA). Através do PIA, é possível a elaboração de metas que tornem mais claros os objetivos da medida de proteção, permitindo a família e a criança/adolescente que saibam as intervenções que deverão ser realizadas para permitir o retorno da criança ao convívio familiar. Permite ainda que todos os atores da rede de proteção consigam identificar quais suas obrigações para com aquela família, vez que o PIA não deve conter somente metas para a família, mas também obrigações para a rede de proteção, na medida em que muitos das dificuldades devem ser superadas através de serviços e programas de auxílio.

O Plano funciona dessa forma como claro documento de divisão de obrigações no objetivo maior de reintegração da criança a sua família, contendo metas para os pais e para os serviços da rede de proteção, devendo os pais serem responsabilizados somente na medida que não atingem sua metas no plano, e não quando o poder público também falha em sua missão constitucional, sob pena de punirmos a família pela sua condição social.

Nesse sentido, as falhas do poder público são na realidade descumprimento de obrigações assumidas perante o Poder Judiciário e por este homologadas. Vale ressaltar que é o próprio poder público através de seus serviços quem elabora e apresenta o Plano Individual de Atendimento, sendo, portanto, ele quem apresenta quais atividades devem ser por ele exercidas para a proteção da criança, em verdadeira assunção de compromisso.

Esta percepção de que o PIA é uma carta de compromissos não só da família mas também do Poder Público, autoriza a interpretação de que estas metas são passíveis de execução, seja no bojo da própria execução de acolhimento, seja em incidentes autônomos de execução. Aqui neste ponto, vale destacar recente decisão do STJ que permitiu a execução de astreintes perante terceiros: “É possível a fixação de *astreintes* em desfavor de terceiros, não participantes do processo, pela demora ou não cumprimento de ordem emanada do Juízo Criminal”²⁴.

Essa maior participação da rede de proteção na elaboração das metas do PIA naturalmente levará a um maior engajamento dos serviços (já que terão metas para serem atingidas) o que permitirá debate mais qualificado por profissionais técnicos que acompanham as famílias, garantindo mais de uma opinião técnica no processo, que hoje ainda fica muitas vezes dependente dos relatórios produzidos pelo setor técnico do judiciário, que na maioria das vezes, não está em contato constante com a família.

Por fim, destaco que também devem ser incluídas nos procedimentos de execução de medida de proteção a previsão de realização das audiências concentradas criadas pelo Provimento nº 32 do CNJ.

Destacamos esse ponto, pois as audiências concentradas tem papel importante na garantia de participação da criança e da família no processo decisório, além de permitirem uma participação mais ativa de todos os atores da rede de proteção, incluindo, neste contexto, é claro, a Defensoria Pública, já que, ainda que não esteja representando uma das partes no processo, tem papel importante na defesa dos direitos humanos de vulneráveis conforme previsão Constitucional, grupo entre os quais se enquadram crianças e adolescente. Tudo isso, ainda de forma a respeitar o princípio da atualidade, já que o ato se dá na forma oral, dispensando-se a tramitação burocrática de relatórios.



Conclusão

Nosso objetivo com o presente artigo consistiu em:

- (a) Atestar a natureza jurídica de direito fundamental do direito à convivência familiar e comunitária;
- (b) Reconhecer que, como direito fundamental, o direito à convivência familiar e comunitária possui tanto uma dimensão subjetiva (posições jurídicas individuais) quanto de uma dimensão objetiva, da qual emana, dentre outras, funções organizatórias e procedimentais;
- (c) As funções organizatórias e procedimentais, aliadas ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), ensejam direitos a organizações institucionais e procedimentos que sejam adequados e efetivos à tutela do direito material. Em relação ao direito à convivência familiar e comunitária, a jurisdição deverá garantir rigoroso controle dos pressupostos e requisitos de convencionalidade, constitucionalidade e legalidade das medidas de proteção;
- (d) No que tange à medida de acolhimento (art. 101, incisos VII e VIII, ECA), dadas suas especificidades e sutilezas, imprescindível a regulamentação de procedimento e instrumentos procedimentais especiais, quer para sua aplicação, quer para sua execução;
- (e) Dentre os principais aspectos que devem ser observados no procedimento de fiscalização da medida de acolhimento destacam-se:
 - (e.1) Tal procedimento deve ter uma fase de conhecimento e uma fase de execução
 - (e.2.) A etapa inicial do procedimento deve contar com uma audiência inicial de estudo diagnóstico, que preferencialmente deverá acontecer antes do acolhimento institucional, mas que também pode ser instrumento importante de controle do sistema de justiça dos acolhimentos realizados de forma emergencial pelos Conselhos Tutelares
 - (e.3) O procedimento deve contar com instrumentos processuais de inclusão da criança e do adolescente como partes no processo, com direito pleno de interagirem e participarem da formação da decisão judicial, em um processo que produza solução efetivamente democrática para todos os envolvidos
 - (e.4) A fase de execução do procedimento deve ser necessariamente jurisdicional e, assim como a fase de conhecimento, deve garantir a participação de todos os sujeitos envolvidos, sejam as crianças e adolescentes, sejam suas famílias
 - (e.5) A fase de execução deve ser guiada por um Plano Individual de Atendimento (PIA) que contenha metas que tornem mais claros os objetivos da medida de proteção, permitindo a família e a criança/adolescente que saibam as intervenções que deverão ser realizadas para permitir o retorno da criança ao convívio familiar. Deve, ainda, permitir que todos os atores da rede de proteção consigam identificar quais suas obrigações para com aquela família, vez que o PIA não deve conter somente metas para a família, mas também obrigações para a rede de proteção, na medida em que muitos das dificuldades devem ser superadas através de serviços e programas de auxílio
 - (e.6) O cumprimento do PIA deve ser fiscalizado regular e periodicamente em audiências concentradas, na forma do Provimento n. 32 do CNJ.



Pretende-se que as reflexões ora trazidas possam ensejar o avanço de uma nova etapa em direção à superação do anacrônico paradigma da situação irregular, proporcionando uma uniformização dos procedimentos que tramitam nas Varas da Infância e Juventude e incrementando os mecanismos de defesa, especialmente das famílias historicamente marginalizadas, contra intervenções ilegítimas e ilegais em seu seio.

Referências

- ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo, São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público, Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 71/2011: “Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País”. Brasília: CNMP, 2013.
- BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord). “O direito à convivência familiar e comunitária: abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.
- BRASIL, Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. “Plano Nacional de Promoção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária”. Brasília: CONANDA, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella, Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: volume 1, São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro, Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988.
- MENDEZ, Emílio Garcia. “Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latinoamericano. Buenos Aires, 2000. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_206.pdf>. Acesso em 04.06.20.
- SAMPAIO, Marcos. “O conteúdo essencial dos direitos sociais”. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Curso de Direito Constitucional”, 3ª ed, São Paulo: RT, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”, 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2014.
- WATANABE, Kazuo, Cognição no processo civil, 4. Ed. rev. e atual., São Paulo:Saraiva, 2012.



¹ MENDEZ, Emilio Garcia. “Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latinoamericano. Buenos Aires, 2000. Disponível em: <http://justica21.web1119.kingghost.net/arquivos/bib_206.pdf>. Acesso em 04.06.20

² SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”, 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2014

³ ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2º edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 473 (tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5º edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag 2006)

⁴ ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 474

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella, Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: volume 1, p. 59

⁶ “Somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa. Fala-se em adequada proteção jurídica como um dos direitos inalienáveis da pessoa humana, incluindo-se nesse rol o direito a um processo adequado e justo, que assegure ao titular do interesse protegido possibilidade de tutela efetiva”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo, p. 82)

⁷ WATANABE, Kazuo, Cognição no processo civil, 4. Ed. rev. e atual., São Paulo:Saraiva, 2012, p. 26

⁸ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 475-476

⁹ José Roberto dos Santos Bedaque complementa que “na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos. Sua razão de ser consiste no objetivo alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas os meios adequados para defesa de seus interesses”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo, São Paulo: Malheiros, p. 17)

¹⁰ ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 490

¹¹ O trabalho de Mauro Cappelletti e Bryant Garth tem por base analisar a forma de pensar o direito processual civil, dentro deste contexto de instrumentalidade, através do que eles chamaram de “três ondas de acesso à justiça”, cada uma delas voltadas a verificar em que medida o direito processual civil e suas técnicas reúnem condições de realização de suas finalidades. A “primeira onda” é a criação de condições para garantir o acesso à justiça a todos os cidadãos, independentemente de suas condições financeiras ou econômicas, tratando-se de mecanismos de acesso ao serviço judiciário, e, portanto, ao direito de requerer um tutela jurisdicional, evitando-se a marginalização destas pessoas do sistema judiciário. Já a chamada “segunda onda do acesso à justiça” repousa na proteção dos direitos difusos, garantindo condições de tutela destes “novos” direitos em juízo. Em ambas as ondas a preocupação é com a representação judicial, evitando-se que direitos se tornassem meras declarações. (CAPPELLETTI, Mauro, Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988)

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo, p. 64.

¹³ Art. 1.513, CC: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 100, parágrafo único, inciso VII, ECA: intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente

¹⁴ Art. 136, ECA

¹⁵ Para uma análise minuciosa sobre os requisitos e critérios gerais se assegurar a legalidade e constitucionalidade das intervenções restritivas incidente no âmbito de intervenção dos direitos fundamentais cf. SAMPAIO, Marcos. “O conteúdo essencial dos direitos sociais”. São Paulo: Saraiva, 2013

¹⁶ Resolução Conjunta CONANDA/CNAS nº 01/06 – “Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária”, p. 31

¹⁷ Em relação à autocolocação em situação de ameaça ou violação de direitos, deve-se tomar cuidado para que, a pretexto de cuidado, proteção e zelo, não se descaracterize a condição de crianças e adolescentes como sujeito de direitos, possuidores de uma autonomia, ainda que progressiva. Interpretar o exercício legítimo de um direito como autocolocação em situação de ameaça ou violação (ex. início na vida sexual, experiências recreativas com substâncias psicoativas, nada mais é do que retroceder ao menorismo institucional, ou seja, reduzir crianças e adolescentes como meros objetos da ação estatal seletiva, orientada por critérios de classe e raça

¹⁸ “Entre 1985 a 1988, o conceito-chave na prevenção passa a ser o de ‘comportamento de risco’ (...). Entretanto, percebeu-se rapidamente que esse conceito também apresentava sérias complicações, pois,



embora desmistificasse o conceito de ‘grupo de risco’, ampliando a noção de risco para qualquer pessoa, independentemente do grupo a que pertencia, acabou direcionando para uma culpabilização individual (...) compreendida exclusivamente como falha ou displicência pessoal. Essa crítica revela que a mudança para um comportamento protetor (...) não é resultante necessária de ‘informação + vontade’, ou seja, não depende exclusivamente do indivíduo, mas passa por coerções e recursos de natureza cultural, econômica, política, jurídica, etc” SODELI, Marcelo. “Uso de drogas e prevenção: da desconstrução da postura proibicionista às ações redutoras de vulnerabilidade”, 2ª ed, RJ: Via Vérita, 2016, p. 91

¹⁹ Não se desconhece que a razão para a manipulação do conceito de negligência para o exercício do controle social por parte do Estado nas famílias pobres, na perspectiva da biopolítica ou, ainda, da necropolítica tem sido denunciada por diversos autores e autoras. Entretanto, diante das limitações do presente artigo, não aprofundaremos a crítica, apenas fazendo questão de registrá-la, dada sua fundamental importância para uma prática emancipatória.

²⁰ Arts. 13-B e 130, ECA e art. 21 da Lei nº 13.431/17

²¹ Ao se afirmar que as medidas de proteção são orientadas por um critério de subsidiariedade, não se pretende excluir, em absoluto, a possibilidade de aplicação, desde logo, de medidas que restrinjam em maior grau o direito à convivência familiar e comunitária, tal como a hipótese expressamente prevista no art. 93 do ECA. O que se defende é que, especialmente nesses casos, há um maior ônus argumentativo imposto à autoridade (Conselho Tutelar, Ministério Público, Poder Judiciário) para justificar a aplicação de medidas mais interventiva em detrimento das demais, como, por exemplo, (a) a extrema gravidade da situação, (b) a absoluta ineficácia de medidas alternativas etc.

²² Em relação às medidas de acolhimento, diante de seu longo histórico de uso desmedido e desconexo com os direitos, características do que foi chamado de fenômeno da *institucionalização em massa de crianças e adolescentes pobres*, um requisito especial merece destaque é o requisito da excepcionalidade, que, entretanto, não será aprofundado no presente trabalho.

²³ Cf. ALEXY, Robert. “Teoria dos Direitos Fundamentais”, 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006

²⁴ REsp 1.568.445-PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Rel. Ac. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por maioria, julgado em 24/06/2020, DJe 20/08/2020, Informativo 677 STJ



A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na defesa e proteção de crianças e adolescentes perante o STJ e o STF em 30 anos de ECA

The role of the Public Defender's Office of the State of São Paulo in the defense and protection of children and adolescents before the STJ and the STF in 30 years of the ECA

Rafael Munerati

Defensor Público do Estado de São Paulo
rmuneratti@defensoria.sp.def.br

RESUMO

O presente artigo pretende fazer uma análise de casos e temas levados ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, relacionados à proteção de crianças e adolescentes, que tiveram a participação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, seja como parte ou interessada – *amicus curiae*. São casos selecionados que demonstram a presença e a importância da atuação da Defensoria Pública de São Paulo no tema junto aos Tribunais Superiores, e como esses julgamentos contribuíram para criar jurisprudência favorável e fortalecer a proteção total necessária às crianças e adolescentes trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990, no momento em que esse importante diploma legal completa 30 anos de existência.

Palavras chave: Defensoria Pública. ECA. Tribunais Superiores.

ABSTRACT

This article intends to analyze the cases and issues brought to the attention of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, related to the protection of children and adolescents, who had the participation of the Public Defender of the State of São Paulo, either as part or interested - amicus curiae. These are selected cases that demonstrate the presence and importance of the work of the São Paulo Public Defender's Office in the matter with the Superior Courts, and how these judgments contributed to creating favorable jurisprudence and strengthening the necessary total protection for children and adolescents brought by the Statute of Children and Adolescent (ECA) in 1990, at the time that this important legal diploma completes 30 years of existence.

Keywords: *Public Defender's Office. ECA. Superior Courts.*



I – INTRODUÇÃO

Desde a sua criação em janeiro de 2006, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo exerce uma prioritária e forte atuação em favor e para a proteção de crianças e adolescentes, não apenas no primeiro e no segundo grau de jurisdição, mas, também, perante os Tribunais Superiores, notadamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Atuação que se concretiza pela via recursal, através da interposição de recursos ordinários, especiais e extraordinários, e também por meio de ações constitucionais como habeas corpus, mandados de segurança e na participação como *amicus curiae* em ações de controle concentrado de constitucionalidade, recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários com repercussão geral.

O presente artigo visa analisar recursos e ações selecionadas que de alguma forma foram favoráveis às crianças e adolescente e fortaleceram a proteção total que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente buscam concretizar. Todos os casos colacionados contaram, de algum modo, com a participação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, seja como parte ou como interessada, na maioria das vezes, através da figura do *amicus curiae*.

Os números e os dados estatísticos apresentados foram colhidos e tratados pelo Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores, com sede em Brasília, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo que, desde 2008, monitora a atuação da Instituição perante os Tribunais Superiores, notadamente, no que se refere ao manejo de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Também são utilizados números e estatística dos próprios Tribunais Superiores.

Serão analisados nos próximos capítulos casos que tramitaram no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Através da análise desses casos selecionados, o presente artigo procura demonstrar a importância da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo perante os Tribunais Superiores na defesa dos interesses das crianças e adolescentes e na concretização das normas e diretrizes do ECA e da Constituição Federal nessa temática.

II – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II.1. A Súmula 492/STJ

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no período compreendido entre os anos de 2014 e 2019, aparece como a sexta maior demandante no STJ, com um volume total de 54.109 feitos.¹ A maioria desses feitos, assim como dos enviados ao STF, é de habeas corpus. Em 2019 foram protocolizados 13.653 habeas corpus perante o STJ e 421 perante o STF. No STJ, 6,44% desse total, ou 879 habeas corpus tinham como assunto questões envolvendo crianças e adolescentes.

O habeas corpus sempre foi o instrumento mais eficiente utilizado pela Defensoria Pública para a garantia de direitos de crianças e adolescentes. Notadamente, em razão da rapidez necessária para a apreciação das questões levadas aos Tribunais Superiores, tendo em vista a



celeridade que possuem e devem possuir os procedimentos de apuração de atos infracionais. O manejo de recursos especiais ou extraordinários tirados de apelações ou decisões interlocutórias em processos de apuração de atos infracionais acaba por não alcançar o êxito almejado diante da demora em seus procedimentos, entre o juízo de admissibilidade no Tribunal *a quo* e o julgamento final do mérito dos recursos. O habeas corpus, por sua vez, tem na celeridade e na possibilidade do provimento de pedido de liminar, as características necessárias para obter a garantia dos direitos dos adolescentes que respondem pela prática de atos infracionais.

Merece destaque a utilização do habeas corpus perante o STJ para a garantia do disposto no art. 122 do ECA, quando da prática e apuração de atos infracionais análogos ao crime de tráfico de entorpecentes. Era frequente a aplicação da medida socioeducativa da internação em sentenças e acórdãos do TJSP aos adolescentes primários acusados da prática de tráfico de drogas, sem a observância do inciso I do art. 122, ECA, que somente permite sua aplicação para atos infracionais cometidos mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

Antes mesmo da criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em 2006 pela Lei Complementar Estadual 988/06, a Procuradoria do Estado, através da Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), precursora da Defensoria Pública, já tinha uma atuação firme em defesa dos adolescentes acusados de ato infracional, e lutava contra a aplicação da internação em casos de tráfico de entorpecentes e mesmo, em alguns casos, em porte de entorpecentes. Decisões que remontam ao ano de 1998 e foram as primeiras nesse sentido editadas pelo Superior Tribunal de Justiça:

O ato infracional é pressuposto da sanção (consequência lógica). Daí, o art. 122 relacionar os casos de medida de internação, depender, como antecedente, dos casos enumerados nos respectivos incisos.²

O art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente enumera de forma taxativa os casos em que aplica-se a internação. Sob essa ótica, apesar do delito cometido ser equiparado a hediondo, não se pode aplicar tal medida em interpretação eminentemente prejudicial à menor.³

O ato infracional equiparado ao tráfico de drogas não enseja violência ou grave ameaça à pessoa, restando ausente a elementar do inciso I, artigo 122, da Lei 8.069/90.⁴

A aplicação da medida de internação nos casos análogos ao tráfico de drogas era fundamentada, na maioria das vezes, no caráter hediondo do crime de tráfico ou mesmo numa suposta existência de violência ou grave ameaça à pessoa nos crimes dessa natureza:

HABEAS CORPUS - Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas. Busca de revisão da sentença por meio de habeas corpus. Sustentação da não aplicação da medida de internação, tendo em vista que o tráfico de drogas não é crime de grave ameaça à pessoa, não suportando a aplicação da medida de internação.



Na expressão da doutrina e da jurisprudência, o tráfico de entorpecentes consubstancia crime de perigo, cuja repressão não visa ao dano estritamente individual, mas, o coletivo, sendo lícito admitir que o ato infracional reveste-se, pela sua natureza, de grave ameaça ou violência à pessoa e, sobretudo, à coletividade.⁵

Desde o início, a atuação dos Defensores insistia no entendimento de que o rol do art. 122 do ECA era taxativo no que diz respeito as hipóteses em que é permitida a aplicação da internação ao adolescente, e deve ser observado sem qualquer exceção. E, nos casos de atos infracionais análogos ao tráfico de entorpecentes, a ausência de violência ou grave ameaça nos núcleos do tipo impedem qualquer tentativa de aplicação da internação, nos exatos termos do seu inciso I. Pouco importando a natureza hedionda do delito de tráfico de entorpecentes ou sua suposta gravidade abstrata.

Entre 1998 e 2012 a jurisprudência do STJ se firmou nesse entendimento até que o Tribunal decidiu sumular a questão. Assim, em 08.08.2012, a Terceira Seção editou a Súmula 492/STJ com o seguinte teor:

O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

No decorrer desses 14 anos em que a tese se solidificou, a atuação da Defensoria Pública paulista, desde os tempos da PAJ, foi fundamental e definitiva para a edição da Súmula 492/STJ. A unificação da tese e o trabalho estratégico coordenado pelo Núcleo Especializado de Infância e Juventude (NEIJ) foram decisivos para consolidação da jurisprudência no STJ no sentido pretendido. Importância do trabalho desenvolvido que se verifica, inclusive, no próprio processo de edição da Súmula, pois, de acordo com o STJ, em seu “Inteiro teor de Súmulas”⁶, dos 13 habeas corpus impetrados entre 2010 e 2012 e citados como precedentes para sua edição, 7 deles, mais da metade, foram impetrados pela Defensoria Pública de São Paulo.

Mesmo que sumulada, a questão da internação em tráfico de entorpecentes ainda leva um significativo número de habeas corpus com esse tema ao STJ. Em 2019, segundo dados do próprio Tribunal Superior, a Defensoria Pública de São Paulo impetrou cerca de 267 habeas corpus que tinham como tema internação em atos infracionais análogos ao tráfico de drogas. Desse total, foram obtidas 89 ordens concedidas, um índice de êxito de 33,33% ou um terço do total. Porém, deve-se levar em consideração que nessas impetrações são discutidas outras questões como reiteração de atos infracionais, que acabam por afastar a aplicação da Súmula 492/STJ.

Nas poucas impetrações em que o STJ não impedia a aplicação da internação para adolescentes sentenciados por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não deixava de buscar a concessão da ordem no Supremo Tribunal Federal:



O ato infracional em tela - equiparado ao crime de tráfico de drogas - não justifica, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, pois não envolveu grave ameaça ou violência a pessoa”⁷

A Suprema Corte também criou jurisprudência no sentido da taxatividade do art. 122 do ECA e a impossibilidade de aplicação de internação em tráfico de entorpecentes. Resultado, da mesma forma, de inúmeros habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública de São Paulo na defesa intransigente das garantias dos adolescentes em conflito com a lei.⁸

II.2. Os “rolezinhos”: habeas corpus coletivo e o direito de ir e vir de crianças e adolescentes

Em abril de 2011, a então Juíza de Direito Substituta da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru – SP, editou uma Portaria (01/2011) criando uma espécie de “toque de recolher” para crianças e adolescentes domiciliadas, ou mesmo que se encontrassem em caráter transitório, naquela comarca. Em síntese, a referida Portaria determinava recolhimento de crianças e adolescentes nas ruas, que estivessem desacompanhados dos pais ou responsáveis após as 23 horas, próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e na companhia de adultos que estivessem consumindo bebidas alcoólicas; ou mesmo que em companhia dos pais, quando estivessem consumindo álcool ou na companhia de adultos que consumam entorpecentes. Para a observação e o cumprimento da Portaria era previsto, inclusive, o recolhimento das crianças e adolescente com o uso de força policial, independentemente de configuração de flagrância de ato infracional.

A citada Portaria era justificada para diminuir ou cessar suposta violência causada por jovens e para “protegê-los” de ameaças ao seu bem-estar. Porém, conforme observou a Defensoria Pública nos habeas corpus impetrados para cassar a Portaria, apesar da sua suposta boa intenção, era evidente que violava expressamente a liberdade das crianças e adolescentes da comarca de Cajuru, notadamente, a liberdade de ir e vir, constitucionalmente prevista no art. 5º da Constituição Federal.

O primeiro habeas corpus, de natureza coletiva, uma vez que buscava cessar o constrangimento de todas as crianças e adolescente eventualmente atingidos pela Portaria, foi impetrado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, e distribuído para a sua Câmara Especial. A qual, porém, indeferiu o pedido de medida liminar, por não vislumbrar de pronto manifesta ilegalidade na Portaria editada.

Diante dessa situação e, ainda, por permanecer em vigor a Portaria, a Defensoria Pública de São Paulo impetrou novo habeas corpus coletivo, agora dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. A impetração recebeu a autuação HC 207.720/SP⁹ e tinha como pacientes “As crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório na comarca de Cajuru/SP”. Foi distribuída para o Ministro Herman Benjamin, da 2ª Turma do STJ.

Em síntese, o habeas corpus pretendia o deferimento da medida liminar e a concessão final da ordem no sentido de ser declarada a ilegalidade e a inconstitucionalidade da Portaria 01/2011. Entre os principais argumentos, a inicial afirmava:



não caber mais ao Estado, por qualquer um de seus poderes, sob o escudo da ‘intenção protecionista’, intervir de forma limitadora (e simplista) na gama desses direitos, devendo, sim, buscar, com os mecanismos legalmente elencados, criar meios para sua integral proteção.¹⁰

Concluía, ainda, com base nos arts. 15 e 16, I, do ECA, que as crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais e não podem ter tais direitos limitados ou reduzidos ou serem obrigados a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. A privação ou restrição da liberdade de locomoção de qualquer criança e adolescente apenas podem ocorrer diante de flagrância de ato infracional ou por ordem judicial fundamentada em razão da prática de ato infracional.

Apesar de não ter concedido a medida liminar, o Ministro Herman Benjamin deu prosseguimento ao habeas corpus e solicitou o envio de informações pela autoridade apontada como coatora e parecer do Ministério Público Federal, em 16.06.11. Durante a tramitação da impetração sobreveio a decisão de mérito no habeas corpus impetrado no Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido da denegação da ordem.

Superada a questão da incidência da Súmula 691/STF com o julgamento do mérito pelo colegiado pelo Tribunal de Justiça e com a juntada do parecer ministerial pelo não conhecimento e denegação da ordem, o habeas corpus foi levado à mesa para julgamento pela 2ª Turma do STJ em 01.12.11.

A ordem foi concedida por unanimidade. De acordo com o voto do relator, apesar das preocupações da autoridade coatora com a necessária garantia da dignidade, da proteção integral e dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não é ilimitado, e precisa observar a competência do Poder Legislativo sobre a matéria. Nesse sentido, concluiu a ementa pela ilegalidade da Portaria impugnada afirmando que:

A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. "Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas" (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009).¹¹

O HC 207.720/SP, diante do seu conhecimento e da concessão da ordem, além de impedir ilegal restrição ao direito de ir e vir de crianças e adolescentes e delimitar os poderes normativos previstos no art. 149 do ECA, foi o pioneiro e um marco no conhecimento e provimento de habeas corpus coletivos pelo Superior Tribunal de Justiça.¹² A partir de então, começaria a se consolidar nos anos seguintes tanto no STJ como no STF a possibilidade do manejo e a concessão de impetrações coletivas.¹³

Alguns anos depois, ficariam conhecidos como “rolezinhos” as movimentações de grupos de adolescentes que circulavam por cidades e estabelecimentos comerciais pelo país buscando



diversão. Situação que, em alguns locais, incomodava os lojistas e autoridades públicas, e que levaram à edição de novas Portarias no sentido de coibir tal prática.

Em Ribeirão Preto, por exemplo, em março de 2015, o Juiz de Direito da Vara de Infância e Juventude, atendendo a pedido de associações de lojistas e de condomínios de dois shopping centers da cidade, editou a Portaria 1/2015 que, em síntese, proibia o acesso e permanência de crianças e adolescentes, com menos de 15 anos de idade, desacompanhados de seus pais ou responsáveis legais, nos dias de sexta-feira, sábado e domingo, em qualquer horário, nos centros comerciais denominados “Shopping Santa Úrsula” e “Ribeirão Shopping”. Em caso de descumprimento, a própria Portaria determinava a responsabilização dos adolescentes, e de seus responsáveis, por crime de desobediência e ato infracional análogo. No mesmo dia, nova Portaria do mesmo Juízo reduziu a idade mínima para 13 anos.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, novamente, impetrou habeas corpus coletivo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, distribuído para a Câmara Especial, que indeferiu o pedido liminar. Diante do evidente constrangimento ilegal, novo habeas corpus foi impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, autuado como HC 320.938/SP¹⁴, tendo como pacientes “Crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório na Comarca de Ribeirão Preto – SP” e distribuído para o Ministro Luis Felipe Salomão da 4ª Turma do STJ.

Nesse caso, a Portaria, além de violar o direito de ir e vir de adolescentes como a anterior da comarca de Cajuru, pretendia ainda evitar a entrada de adolescentes em grupos e a realização dos “rolezinhos” nos shoppings centers referidos. Na prática, a proibição visava atingir a parcela mais pobre e periférica da cidade que frequentava os shopping centers indicados, segundo os lojistas, apenas para gerar tumulto, sem consumir produtos. Havia assim, de acordo com a inicial do habeas corpus impetrado, um conteúdo discriminatório na sua redação:

Além disso, Excelências, como dizer que a presente portaria visa resguardar direitos de crianças e adolescentes através da sua proteção? O que se tem é uma portaria da Vara da Infância e Juventude cerceando direitos de crianças e adolescentes em prol de interesses discriminatórios de conglomerados comerciais!!! Nada mais contraditório e ilegal!!!¹⁵

A Portaria, da mesma forma, extrapolava a competência normativa prevista no art. 149 do ECA:

A entrada ou permanência de adolescentes em conglomerados comerciais não está entre as possibilidades previstas, de modo que não há que se falar em alvará judicial. Nem se fale que o “rolezinho” poderia ser interpretado como espécie termo “congêneres”, previsto no art. 149, I, “c”, do já citado Estatuto. Claro está que o termo congêneres significa que se trata de algo similar a boate; ou seja, se refere ao local, não a que se destina o estabelecimento.

Ao receber o habeas corpus, o Ministro Luis Felipe Salomão determinou vista ao Ministério Público. Com a juntada do parecer pela denegação da ordem, o Ministro passou a



análise do seu mérito. De acordo com a decisão monocrática, a referida Portaria de fato violava o art. 149 do ECA, uma vez que:

Não há previsão legal para necessidade de alvará ou portaria para entrada de criança ou adolescente em shopping center. Também não se pode considerar o citado estabelecimento como similar ou análogo a nenhum dos descritos no inciso I do art. 149 da Lei n. 8.069/1990.

Assim, uma portaria restringindo a entrada de crianças e adolescentes em shopping center viola as normas do art. 149 do ECA.

Ainda, a decisão entendeu que a Portaria seria desnecessária e desproporcional em sentido estrito:

Desnecessária porque existem meios evidentemente menos gravosos para atingir a mesma finalidade. É notório que alguns centros comerciais conseguiram liminares impedindo “rolezinhos” marcados para determinadas datas, evitando, assim, os prejuízos que previam(...);

Vale ressaltar que os referidos “rolezinhos” somente são capazes de causar tumultos quando marcados previamente pela internet e com grande antecedência, para viabilizar o conhecimento da data e local e conseguir a adesão de muitos jovens. Tanto é verdade que os centros comerciais têm conseguido monitorar as referidas manifestações e evitá-las, seja através de liminares específicas, seja fechando as portas do estabelecimento no dia marcado para o evento.

Salienta-se, ainda, que, caso a finalidade da referida portaria fosse outra que não evitar os “rolezinhos”, o magistrado teria estendido as restrições para os outros centros comerciais da cidade, além de aplicá-la nas vésperas do Natal, Dia das Crianças, Dia das Mães, Dia dos Pais, dentre outras datas específicas nas quais os shoppings ficam notoriamente cheios.

Quanto à desproporcionalidade em sentido estrito, de um lado está o interesse dos centros comerciais em evitar os “rolezinhos” e eventuais prejuízos, sob o argumento de proteger a integridade física das crianças e adolescentes. Do outro lado da balança, estão o direito de ir e vir e o direito ao lazer, além do interesse dos pais em decidir o que é melhor para seus filhos.

Em tese, o direito à integridade física pode ter mais peso do que o direito de ir e vir ou do direito ao lazer. Contudo, no caso dos autos, o impedimento à entrada e permanência de crianças e adolescentes em centros comerciais não evita eventuais danos à integridade física dos menores. Pelo contrário, se os pais não podem acompanhá-los, estes ficarão nas ruas ou parques – expondo-se a riscos ainda maiores – ou ficarão em casa privados do convívio com outra crianças e adolescentes e do lazer.

Assim, o conflito entre o direito à integridade física dos menores e o direito ao lazer é apenas aparente. Na verdade, o único interesse protegido é o econômico dos centros comerciais, conforme se verifica pela transcrição da seguinte disposição da mencionada portaria:

4º) Adolescentes que, respeitado o limite etário estabelecido nesta portaria e presentes nos centros comerciais aqui referido apresentem conduta geradora de tumultos, desassossego, perturbação ou risco de qualquer natureza aos demais frequentadores dos shopping centers, deverão ser prontamente removidos do local e submetidos ao crivo da autoridade policial para registro e posterior apuração de atos infracionais que tenham cometido;



Portanto, o interesse econômico dos centros comerciais é de valor menor, no caso em tela, do que o direito das crianças e adolescentes de ir e vir e o direito ao lazer. Sendo que, pelo menos em tese, a integridade física dos menores estaria mais em risco nas ruas do que nos centros comerciais.

Assim, a Portaria n. 1/2015, alterada pela Portaria n. 2/2015, é manifesta e evidentemente violadora do princípio da proporcionalidade. (...)

Assim, a liminar é imprescindível para restabelecer a legalidade, no sentido de respeitar o poder familiar e impedir restrições à entrada, em centros comerciais, de crianças e adolescentes que, mesmo em grupo, ajam de forma pacífica.¹⁶

Dessa forma, mesmo não conhecendo do habeas corpus, a decisão monocrática concedeu a ordem de ofício para suspender os efeitos das Portarias editadas e restabelecer o integral direito de locomoção de todas as crianças e adolescentes atingidas.

Esses dois habeas corpus coletivos impetrados pela Defensoria Pública de São Paulo foram decisivos para resguardar direitos fundamentais das crianças e adolescentes, notadamente, o direito de locomoção. Ainda, serviram para delimitar o poder normativo previsto no art. 149 do ECA e iniciar e consolidar a jurisprudência de conhecimento e de concessão de habeas corpus de natureza coletiva perante os Tribunais Superiores.

III – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

III.1. O habeas corpus coletivo nº 143.641 e a prisão domiciliar cautelar para adolescentes gestantes e mães de filhos menores de 12 anos.

Quando foi impetrado o habeas corpus coletivo 143.641 em 08.05.2017, o Supremo Tribunal Federal já havia julgado a medida cautelar na histórica ADF 347 reconhecendo formalmente, via acórdão, o estado de coisas inconstitucional no país em relação à situação carcerária e a crise do sistema prisional brasileiro. Além de instituir no país as audiências de custódia¹⁷.

Uma das situações mais graves do sistema penal discutido na ADPF 347 era o imenso número de prisões cautelares no país que, na época, correspondia a cerca de 41% dos presos, conforme números do Ministério da Justiça de 2013¹⁸. Dentre esse número assustador chamava a atenção as condições de mulheres presas cautelarmente que eram mães de crianças menores de 12 anos, lactantes e mesmo gestantes, em locais absolutamente insalubres. Situações que beiravam o absurdo como crianças de colo vivendo em prisões com as mães enquanto eram amamentadas e mulheres dando à luz no cárcere sem qualquer condição de higiene ou acompanhamento médico e pré-natal.¹⁹

O habeas corpus 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), buscava justamente uma solução para o problema das mães presas provisoriamente e tinha como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”. A relatoria ficou com o



Ministro Ricardo Lewandowski e a ordem seria julgada definitivamente pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, seja através dos seus Defensores seja pelo seu Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC), sempre teve atuação presente nos presídios e nos centros de detenção provisória do Estado de São Paulo em favor tanto dos presos definitivos quanto dos provisórios. A grave situação que acometia as mães presas provisoriamente também estava na pauta de assuntos tratados com prioridade. Nos atendimentos realizados pelos Defensores Públicos no interior dos presídios eram muitas as histórias tristes e situações desesperadoras de mães que tinha que se despedir de seus filhos muitas vezes logo após a prisão.²⁰

Da mesma forma, as visitas realizadas pela Defensoria Pública paulista na Fundação Casa em São Paulo, comprovava a presença de adolescentes mães que viviam a experiência da maternidade durante o cumprimento de medida de internação. Em 2017, segundo a própria Fundação Casa, eram 10 adolescentes mães internadas. Quase todas praticaram atos análogos aos crimes de furto e tráfico de drogas. Na unidade em que se encontravam funcionava o Programa de Acompanhamento Materno Infantil (PAMI), que acolhe internas gestantes e mães. Nesse regime, as adolescentes convivem com seus filhos, do nascimento até o término de cumprimento de suas medidas²¹.

Em que pese a existência do PAMI, que visa reduzir a dor e o sofrimento das mães adolescentes que eram separadas de seus filhos após os poucos meses em que era autorizado o convívio durante a internação, sempre foi uma preocupação dos Defensores Públicos paulistas que atuam na defesa nos processo de apuração de atos infracionais, e também do Núcleo de Infância e Juventude (NEIJ) da Defensoria Pública de São Paulo, quais os impactos que esse convívio no cárcere trariam futuramente às crianças e também às mães adolescentes. Situação preocupante, pois, as crianças podem passar seus primeiros anos de vida encarceradas junto com as mães em um ambiente longe de ser salubre e recomendado para o desenvolvimento infantil. Era fundamental, portanto, que as medidas requeridas no habeas corpus fossem também estendidas às adolescentes.

Diante da importância das medidas solicitadas na impetração, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo decidiu por ingressar no habeas corpus como *amicus curiae* no sentido de contribuir com informações e dados para a solução da causa. Assim, atuando com o GAETS, o Grupo de Atuação Estratégia das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores, a Defensoria Pública de São Paulo foi admitida nos autos em 26.10.2017.

O julgamento do habeas corpus ocorreu perante a Segunda Turma do E. STF no dia 20.02.2018. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo sustentou oralmente da Tribuna²² pelo conhecimento e pela concessão integral da ordem, ressaltando casos concretos em que mães gestantes não possuíam qualquer assistência médica, davam à luz em condições precárias, conviviam com seus filhos recém-nascidos em ambientes insalubres, e logo após eram deles separadas de maneira insensível e abrupta. Além daquelas mães que, após presas, tinham que deixar seus filhos pequenos com familiares e na ausência desses, em instituições de acolhimento. Foi salientado, também, que a ordem deveria alcançar as mães e gestantes adolescentes que se encontravam internadas em condições semelhantes.



Ao final do julgamento, por maioria de votos, a Segunda Turma do STF conheceu do habeas corpus coletivo, situação que fortaleceu a possibilidade de tão importante instrumento perante a Suprema Corte, e concedeu a ordem, nos termos do voto do relator Min. Ricardo Lewandowski, estendendo-a também para as adolescentes grávidas e mães privadas de liberdade provisoriamente, conforme o item XV da Ementa do Acórdão²³:

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

A atuação da Defensoria Pública de São Paulo nesse habeas corpus, desde o ingresso na ação como *amicus curiae*, apresentação de memoriais e formulação de sustentação oral da Tribuna, foi decisiva para levar à Corte a realidade da situação das mães adolescentes privadas provisoriamente de sua liberdade nos estabelecimentos de internação do Estado de São Paulo e, sem dúvida, contribuir para o deslinde da ação, garantindo o direito da internação cautelar domiciliar para essas adolescentes em conflito com a lei e por isso mais vulneráveis diante de um estado de gravidez ou já de maternidade no cárcere.

III.2. O habeas corpus coletivo nº 143.988 e a questão da superlotação dos estabelecimentos de internação de adolescentes.

No mesmo mês e ano em que era impetrado o habeas corpus citado no tópico anterior, foi impetrado um outro habeas corpus coletivo que se mostraria fundamental para a garantia dos direitos dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação.

O habeas corpus 143.988 foi impetrado em 17.05.2017 pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em favor de todos os adolescentes internados na unidade de internação regional norte daquele Estado. A ação foi distribuída também para a Segunda Turma do STF, mas, na relatoria do Ministro Edson Fachin.

O pedido inicial da DP/ES alegava constrangimento ilegal diante da situação de superlotação que era verificada nos estabelecimentos que acolhiam adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de internação no seu Estado.

Em uma primeira análise, o Ministro Edson Fachin entendeu que, apesar da relevância da matéria, não seria o habeas corpus coletivo o meio adequado para abordar o tema²⁴. Porém, diante da gravidade do problema, a Defensoria Pública do Espírito Santo não desistiu e interpôs o devido agravo regimental contra a decisão monocrática. Atento e sensível à situação que envolvia os adolescentes pacientes do habeas corpus, o Ministro Fachin reconsiderou a decisão agravada e concedeu a medida liminar em 16.08.2018.

Na medida liminar, em síntese, foi determinado que na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares/ES, objeto da ação e onde eram executadas as medidas socioeducativas de



internação, a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos não poderia ultrapassar 119% de sua capacidade máxima. Caso não fosse possível atender a esse limite estabelecido, deveria ser determinada a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estivessem com a capacidade de ocupação superior a essa taxa média de 119%. A decisão determinou ainda que, subsidiariamente, caso as transferências não fossem possíveis, o magistrado responsável deveria atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que fosse atingido o mencionado percentual máximo de ocupação. Por fim, na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas acima, foi determinada a conversão de medidas de internação em internações domiciliares²⁵.

Muitos questionaram porque foi estabelecido o percentual de 119% de ocupação como limite máximo a ser adotado em todas as unidades de internação do país. Por certo, não se trata de um número aleatório. Tal percentual foi trazido na inicial pela Defensoria Pública do Espírito Santo e extraído da taxa média de ocupação dos internos de 16 estados brasileiros, aferido pelo CNMP em 2013.

Diante da importante decisão proferida, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo para também garantir os direitos dos adolescentes internados no Estado de São Paulo e assegurar que as unidades de internação não ultrapassassem o percentual máximo estabelecido, decidiu por ingressar no feito na qualidade de *amicus curiae*. Novamente, em conjunto com o GAETS que já se estabelecia como referência de atuação das Defensorias Públicas Estaduais no STF, foi elaborado pedido de ingresso e, por decisão datada de 27.09.2018, foi admitida a Defensoria Pública de São Paulo e as demais Defensorias integrantes do GAETS no habeas corpus 143.988. Conforme destacou a Decisão do Ministro Fachin o ingresso do GAETS foi admitido uma vez que possuía “*adequada representatividade, esta consubstanciada na notória contribuição que as integrantes do GAETS podem trazer ao tema em questão.*”²⁶

A participação das Defensorias Públicas estaduais via GAETS acabou por escancarar o descaso com as condições das unidades de internação pelo restante do país. As Defensorias Públicas dos Estados que mais sofriam com superlotação e condições insalubres de internação dos adolescentes, Bahia, Ceará, Pernambuco, Sergipe e Rio de Janeiro, após a apresentação de vasta documentação comprovando as situações temerárias, passaram a compor o polo ativo do habeas corpus como impetrantes. As demais Defensorias permaneceram como *amici curiae* colaborando também com dados e informações sobre cada realidade regional.

Após um longo período de instrução do processo e comprovação das ilegalidades apontadas, o habeas corpus foi finalmente levado a julgamento virtual pela Segunda Turma do STF de 14 a 21.08.2020. A ordem foi concedida por unanimidade, nos termos do voto do relator, conforme publicação da Ata de julgamento em 28.08.2020. Confirmando as diretrizes presentes na decisão de concessão da liminar, o acórdão determinou que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não podem ultrapassar a capacidade prevista para cada unidade. Também foram estabelecidas diversas medidas a serem adotadas como estratégia de gestão das unidades com superlotação. Medidas que incluem a liberação de vagas no caso de novos ingressos, reavaliação periódica de adolescentes internados por reiteração de infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, transferências para unidades não lotadas, adoção do parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012 até que seja atingido o limite



máximo de ocupação da unidade e, ao final, a conversão de medidas de internação em internações domiciliares. Além do devido acompanhamento da execução das internações domiciliares, elas poderão ser cumuladas, se necessário, com a imposição de medidas protetivas e advertência de que o descumprimento das condições estabelecidas poderá ocasionar a revogação da medida em domicílio.

Por fim, o acórdão determinou a criação de um Observatório Judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do STF, para acompanhar os resultados das diretrizes estabelecidas pelo acórdão, especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estipuladas e o percentual de lotação das unidades de internação, fazendo uso dos dados obtidos pelo CNJ e encaminhados pelos Tribunais de Justiça estaduais.²⁷

O ingresso e a participação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, assim como das demais Defensorias Públicas Estaduais e da Distrital nesse habeas corpus, foi determinante e fundamental para conceder legitimidade, consolidar a decisão liminar e demonstrar a necessidade de ampliar o alcance das determinações estabelecidas durante o julgamento. As Defensorias puderam levar aos autos, através de documentos e dados, as suas realidades estaduais que muito se assemelhavam àquelas existentes no Espírito Santo. A questão, assim, passou de regional para nacional. Dessa forma foi pavimentado o caminho para que o acórdão estendesse, ao final, suas determinações para todas as unidades de internação em todos os Estados do Brasil.

III.3. A ADI 3.446 e a afirmação do ECA nos seus 30 anos pelo STF.

É possível afirmar que nos seus 30 anos de existência o Estatuto da Criança e do Adolescente não tinha passado por um exame de sua constitucionalidade como passou durante o julgamento da ADI 3.446 no STF. A ação foi proposta em 2005 pelo Partido Social Liberal (PSL) e questionava a constitucionalidade de diversos artigos sensíveis do ECA, com reflexos, notadamente, no direito de ir e vir das crianças e adolescentes, na possibilidade de avaliação judicial de atos infracionais praticados por crianças e numa possível ampliação das hipóteses de internação para adolescentes acusados da prática de atos infracionais.

A inicial apontava, em síntese, a inconstitucionalidade do art. 16, I do ECA, que consagra o direito de ir e vir da criança e do adolescente, e do correspondente art. 230, ECA, que tipifica criminalmente a apreensão de menor fora das hipóteses de flagrante ou de cumprimento de mandado de apreensão, por violarem o devido processo legal e a proteção integral devida às crianças e adolescentes consubstanciadas no art. 5º, LV; e 227 da CF. Alegava a inicial 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*”, o que seria desproporcional e violador do direito à proteção integral.

Seguia a inicial alegando que o art. 105, ECA, que comina medidas protetivas como sanção ao ato infracional praticado por criança, assim como os arts. 136 e 138, ECA, que tratam do atendimento da criança infratora por conselho tutelar, também seriam inconstitucionais por violarem a inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da CF. Aduzia que “*crianças*



praticam sucessivos atos infracionais graves” e, em consequência, “são apreendidas e encaminhadas dezenas de vezes aos Conselhos Tutelares”, não existindo resposta adequada às infrações. Que as crianças são “Levadas aos abrigos, que são instituições abertas e transitórias (ECA, art. 92 e 101) – verdadeiras casas de mãe Joana – entram e saem no mesmo dia ou no dia seguinte”. No entendimento do autor da ação, portanto, a exclusão da avaliação judicial dos atos infracionais praticados por crianças seria inconstitucional.

Por fim, o autor da ação alegava a inconstitucionalidade do art. 122, II e III, ECA, quando exige, para aplicação da medida de internação, a reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas, uma vez que ocorreria violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.²⁸

As questões levantadas eram tão graves que, se caso fosse dado provimento à ação, as crianças e adolescentes poderiam ser recolhidas das ruas, contra sua vontade, sem qualquer fundamento legal ou existência de flagrante de prática de ato infracional, em evidente violação ao direito constitucional de ir e vir. Seria também possível que crianças fossem processadas e responsabilizadas pela prática de atos infracionais perante os Juízos de Infância e Juventude. Por fim, seria possível a internação de adolescentes por crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, mesmo que primários e sem histórico de descumprimento de medidas anteriores. Ou seja, o ECA, e os direitos e garantias das crianças e adolescentes, principalmente, as mais pobres e em conflito com a lei, estavam sob ameaça de um retrocesso sem igual desde a criação do Estatuto trinta anos atrás.

Ciente desse perigo e no sentido de cumprir com sua atribuição institucional prevista no art. 5º, inciso VI, c, da Lei Complementar Estadual paulista nº 988/06, de promover: “a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório”,²⁹ a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, através do seu Núcleo Especializado de Infância e Juventude (NEIJ) decidiu por ingressar na ação como *amicus curiae*. Ademais, no Estado de São Paulo, conforme levantamento de dados do ano de 2016, mais de 9.500 adolescentes cumpriam medida de internação³⁰, sendo que a grande maioria era assistida pela Defensoria Pública. Adolescentes que seriam atingidos e prejudicados por um eventual provimento da ação, fato que demandava a intervenção direta da Defensoria Pública no processo.

O pedido de ingresso da Defensoria Pública de São Paulo através do NEIJ foi feito em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). A parceria da Defensoria Pública com outros órgãos da sociedade civil para atuação como *amicus curiae* em processos de relevância com interesses de pessoas hipossuficientes é uma prática recorrente e importante. A Defensoria Pública já atuou em conjunto com IDDD, Instituto Alana, entre outros. Durante o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, cujo tema é a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, a Defensoria Pública de São Paulo, que á parte recorrente, contou com o auxílio de mais de uma dezena de órgãos da sociedade civil que buscavam também o provimento do recurso. O auxílio de órgãos especializados, além de agregar legitimidade às atuações fortalece o pleito e acrescenta conhecimento técnico.



Entre os argumentos trazidos nas razões do pedido de ingresso como *amicus curiae*, a Defensoria alegava que o inciso I do art. 16 do ECA, apontado como inconstitucional na ação direta, era plenamente compatível com a Doutrina da Proteção Integral, garantida na Constituição Federal de 1988. Isso porque, ao mesmo tempo em que garante o direito às crianças e adolescentes de irem, virem e estarem nos logradouros públicos e espaços comunitários, faz ressalvas à existência de restrições legais sobre esse direito. Logo, tal artigo não prevê uma autodeterminação irrestrita das crianças e dos adolescentes em relação ao direito de ir e vir. Segundo constou da peça:

Caberá, portanto, à família, à sociedade e ao Estado fiscalizarem o exercício do direito à liberdade das crianças e dos adolescentes. Assim, muito embora o estapafúrdio argumento dos autores da presente ADI de que essa previsão legal permitiria que crianças e adolescentes permanecessem na rua, dormindo nas calçadas, praticando pequenos furtos ou usando drogas, tais situações estão em desacordo com a própria legislação, mesmo que tais crianças e adolescentes afirmem que estão nessa situação porque assim desejam. Este argumento se baseia em uma leitura superficial e antissistemática da legislação, cujas conclusões indiciam ou a plena ausência de conhecimento legal, ou então a artilosa tentativa de exaltar os ânimos dos julgadores invocando um inexistente problema legal.

Isto porque essas e outras condutas colocam em risco o próprio infante, de forma que o ECA permite sejam aplicáveis medidas de proteção conforme previsão expressa do art. 98, III, do próprio Estatuto. Ou seja, quando direitos forem ameaçados em razão da conduta do jovem, há justo motivo – inclusive, normatizado – para a intervenção da rede de proteção das crianças e dos adolescentes e pelo próprio Poder Judiciário.

Para combater o argumento dos autores da ação no sentido de que a Constituição Federal não fez distinção entre criança e adolescente e, assim, o art. 105 do ECA, ao aplicar medidas diferenciadas (medidas protetivas) às crianças, estaria em desacordo com a normativa constitucional, o NEIJ reafirmou que o ECA trouxe em seu bojo a Doutrina da Proteção Integral. Crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, com um rol ampliado de medidas de proteção específicas e adequadas para pessoas em desenvolvimento que são, e mesmo para evitar lesões aos seus direitos. O critério então adotado pelo legislador para diferenciar crianças de adolescentes e definir as medidas que podem ser aplicadas a umas e outros foi o estritamente biológico. Dessa forma, apenas após os 12 anos de idade é possível a aplicação de medidas socioeducativas, situação que veda, em absoluto, sua aplicação para crianças.

Por fim, afirmou o NEIJ que em relação à aplicação de medida de internação devem ser sempre obedecidos os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente. Assim, a necessidade de reiteração, trazida pelo art. 122, II, ECA, para permitir a aplicação da internação, não fere a Constituição Federal, mas, ao contrário, se coaduna com o princípio da proporcionalidade e é consequência lógica da proteção especial aos adolescentes por ela prevista. Assim, a aplicação de medida de internação é sempre excepcional, só podendo ocorrer em hipóteses restritas, breves e sempre como última alternativa.



O julgamento da ADI 3446 teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 07.08.19 com a leitura do relatório e as sustentações orais, entre elas, a realizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, como *amicus curiae*, pela total improcedência da ação e reafirmação do ECA como instrumento legislativo fundamental para efetivar a necessária total proteção às crianças e aos adolescentes. Na sessão seguinte, no dia 08.08.19, o STF, por unanimidade julgou improcedente a ação.

Confirmou a Corte Suprema o reconhecimento da aplicabilidade à criança e ao adolescente da garantia contra a prisão arbitrária – art. 5º, LXI, CF, e a inexistência de violação à proporcionalidade ou ao dever de proteção. Afirmou a inexistência de cominação da aplicação de medidas socioeducativas para crianças que cometam ato infracional. E assegurou que a necessidade de reiteração para a aplicação da medida de internação é opção perfeitamente proporcional do legislador, em razão do caráter estigmatizando e traumatizante da internação de uma pessoa em desenvolvimento. Eis a ementa:³¹

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Art. 16, I, consagra o direito de ir e vir da criança e do adolescente, e art. 230 tipifica criminalmente a apreensão de menor fora das hipóteses de flagrante ou de cumprimento de mandado de apreensão. Alegação de ofensa ao devido processo legal e à proteção integral – art. 5º, LV, e 227 da CF. “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” – art. 3º do ECA. Reconhecimento da aplicabilidade à criança e ao adolescente da garantia contra a prisão arbitrária – art. 5º, LXI, CF. Inexistência de violação à proporcionalidade ou ao dever de proteção. 3. Art. 105 comina medidas protetivas como sanção ao ato infracional praticado por criança, e os arts. 136 e 138 tratam do atendimento da criança infratora por conselho tutelar. Inexistência de cominação da aplicação de medidas socioeducativas para a criança que comete ato infracional. Suposta violação à inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, da CF. A decisão do legislador, de não aplicar medidas mais severas, é compatível com a percepção de que a criança é um ser em desenvolvimento, a ser, acima de tudo, protegida e educada. O legislador dispõe de considerável margem de discricionariedade para definir o tratamento adequado a ser dado à criança em situação de risco criada por seu próprio comportamento. A opção pela exclusividade das medidas protetivas não é desproporcional. 4. Art. 122, II e III, exigem, para aplicação da medida de internação, a reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas. Alegação de ofensa à proporcionalidade. Deve ser reconhecida uma margem larga de conformação ao legislador para estabelecer as medidas aplicáveis ao adolescente infrator. A norma, fora das infrações violentas, restringe o poder do magistrado de aplicar a internação. Opção perfeitamente proporcional do legislador, em razão do caráter estigmatizando e traumatizante da internação de uma pessoa em desenvolvimento. Situação de superlotação das unidades de acolhimento e internação que está sendo inclusive apreciada pelo STF. Sugestão do encaminhamento da decisão do Tribunal ao CNJ, a fim de que este órgão amplie suas ações na promoção de políticas periódicas de monitoramento do cumprimento das medidas socioeducativas previstas no art. 112 da Lei nº 8.069/1990. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

Desse modo, pouco menos de um ano antes do ECA completar seus 30 anos de existência o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, afirmou totalmente a sua constitucionalidade e,



mais, ainda, sua importância para a efetivação da integral proteção que deve ser proporcionada às crianças e aos adolescentes, exatamente no sentido apontado pela Defensoria Pública.

IV. CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que a edição do ECA em 1990 foi um marco legal na proteção e na defesa das crianças e adolescentes. Mas, se o alcance dos seus 30 anos é, de fato, motivo para comemoração, por outro lado não houve ainda a esperada transformação da sociedade no sentido pretendido da total preferência e prevalência dos direitos das crianças e adolescentes.

Continuamos a ver desrespeitos permanentes e sistemáticos às normas do ECA, que exigem um constante cuidado e atenção para fazer valer suas normas. São frequentes os abusos nos processos e na aplicação de medidas socioeducativa em atos infracionais, as péssimas condições de cumprimento das medidas nas unidades de internação, além dos descasos com educação, saúde, lazer e outras necessidades básicas e necessárias para o bom desenvolvimento de pessoas ainda em formação que são as crianças e os adolescentes.

Esse constante cuidado e alerta é uma das funções institucionais da Defensoria Pública, assim como proporcionar a defesa e a proteção integral quando ocorrem ofensas e violações às normas do ECA e aos direitos de crianças e adolescentes.

Para a efetiva defesa desses direitos, muitas vezes, é necessário alcançarmos os Tribunais Superiores, reiteradamente, o que demanda também um certo tempo para a consolidação dessa proteção e a produção de jurisprudência favorável.

Os casos trazidos nesse artigo visam exemplificar como foi construída essa proteção e a jurisprudência favorável que temos atualmente em favor das crianças e adolescentes através da atuação da Defensoria Pública de modo estratégico. Trabalho que envolve desde os Defensores que atuam em primeiro grau, os Núcleos Especializados da Infância e Juventude e de Segunda Instância e Tribunais Superiores, até a elaboração das estratégias e colocação das mesmas em prática perante o Tribunal de Justiça e os Tribunais Superiores.

Trabalho conjunto e concertado que nesses 30 anos se mostrou fundamental para consolidar o ECA e reafirmar a sua importância nos Tribunais Superiores. Trabalho que também se encontra longe de se esgotar e exige, cada vez mais, atenção e presença firme da Defensoria Pública nos Tribunais para a efetivação da proteção integral e de todos os direitos, sem exceção, das crianças e adolescentes.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 988 de 9 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/alteracao-lei.complementar-988-09.01.2006.html>. Acesso em 30.08.2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. IPEA. *Série Pensando o Direito nº 54: Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico*. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/rog%c3%a9rio_finalizada_web.pdf. Acesso em 22.08.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório Estatístico de 2019*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343> . Acesso em 14.08.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 7.259/SP. Sexta Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro. Julgado em 19.03.1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 8.908/SP. Quinta Turma. Rel. Jorge Scartezini. Julgado em 18.11.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 28.650/SP. Sexta Turma. Rel. Min. Paulo Medina. Julgado em 04.11.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 320.938/SP. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 05.06.2015. Dje 09.06.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 207.720/SP. Segunda Turma . Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 01.12.2011. Dje 23.02.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 45.879/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em 19.12.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Inteiro Teor de Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em 22.08.20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.218. Primeira Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 24.11.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Medida Cautelar julgada em 09.09.2015.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente*. Notícias STF de 20.02.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em 24.08.20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143.641. Plenário. Julgado em 20.02.18. Dje de 09.10.18. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em 26.08.20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143.988. Ata de Julgamento de 25.08.2020. Dje de 28.08.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678> acesso em 29.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3446. Julgada em 08.08.2019. Acórdão publicado no DJe de 30.07.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343882020&ext=.pdf> Acesso em 30.08.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão no HC 121.359-0/0-00. Câmara Especial. Julgado em

FUNDAÇÃO ABRINQ. *Observatório da criança e do adolescente*. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/medidas-socioeducativas/570-adolescentes-cumprindo-medidas-de-privacao-e-de-restricao-de-liberdade?filters=1,149;24,149>.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda [et al.] Organizadores. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, 495p.

PORTAL G1. *Detentas relatam a vida de gestante e o pós-parto em presídio de SP*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/detentas-relatam-a-vida-de-gestante-e-o-pos-parto-em-presidio-de-sp.ghtml>. Acesso em 22.08.20.

PORTAL R7. *Presa grávida dá à luz em solitária de presídio no Rio*. Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/presa-gravida-da-a-luz-em-solitaria-de-presidio-no-rio-26102015>. Acesso em 22.08.20.

REDE PETECA. *Crescer em clausura: conheça a rotina das mães que cumprem medidas socioeducativas*. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/noticias/materias/crescer-em-clausura-conheca-rotina-das-maes-que-cumprem-medidas-socioeducativas/> Acesso em 29.08.20.



¹ STJ. Relatório Estatístico de 2019. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>. Acesso em 14.08.2020.

² STJ – RHC 7.259/SP – Sexta Turma – Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro – julgado em 19.03.1998. Habeas corpus impetrado pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ) – Dr. Flávio Américo Frasseto, que viria a se tornar Defensor Público. No mesmo sentido e do mesmo Defensor: HC 9.260/SP; HC 10.216/SP; HC 10.938/SP; HC 17.374/SP;

³ STJ – RHC 8.908/SP – Quinta Turma – Rel. Jorge Scartezzini – julgado em 18.11.1999. Impetrado pela PAJ – Dr. Antônio José Maffezoli Leite, que viria a se tornar Defensor Público.

⁴ STJ – HC 28.650/SP – Sexta Turma – Rel. Min. Paulo Medina – julgado em 04.11.2003. Habeas corpus impetrado pela PAJ – Dr. Elpídio Ferraz Neto, que viria a se tornar Defensor Público.

⁵ TJSP – Acórdão no HC 121.359-0/0-00. Posteriormente cassado pelo STJ por acórdão no HC 45.879/SP – Quinta Turma – Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 19.12.2005. Impetrado pela PAJ – Dra. Renata Flores Tibyriça que posteriormente viria a se tornar Defensora Pública.

⁶ STJ. *Inteiro Teor de Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em 22.08.20.

⁷ STF – HC 84.218 – Primeira Turma – Rel. Min. Joaquim Barbosa – julgado em 24.11.2004. Impetrado pela PAJ – Dr. Waldir Francisco Honorato Júnior.

⁸ Nesse sentido: STF – HC 119.277/SP; HC 119.512/SP; HC 120.394/SP; HC 122.886/SP; HC 126.754/SP; HC 126.910/SP; HC 128.171/SP.

⁹ STJ – HC 207.720/SP – Rel. Min. Herman Benjamin – impetrado pelo Defensor Público Luís Gustavo Fontanetti Alves da Silva em 30.05.2011.

¹⁰ Idem. Petição inicial

¹¹ STJ – HC 207.720/SP – 2ª Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – Dje 23.02.2012.

¹² PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda [et al.] Organizadores. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 98/99.

¹³ Com relação ao pioneirismo da admissão e concessão de habeas corpus coletivo pelo STJ é mencionado também o HC 142.513/ES sobre a ilegalidade de utilização de contêineres como cela. Em que pese a ordem ao final ter sido estendida para todo o país, a impetração não foi coletiva, mas, individual.

¹⁴ STJ – HC 320.938/SP – 4ª Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

¹⁵ Idem. Petição inicial elaborada pelos Defensores Públicos Bruno César da Silva e Pedro Cavenaghi Neto.

¹⁶ STJ – HC 320.938/SP – 4ª Turma – Rel. Ministro Luis Felipe Salomão – julgado em 05.06.2015 – Dje 09.06.2015.

¹⁷ STF – ADPF 347 – Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – Medida Cautelar julgada em 09.09.2015.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. IPEA. *Série Pensando o Direito n° 54: Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico*. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/rog%3a9rio_finalizada_web.pdf. Acesso em 22.08.2020.

¹⁹ Portal R7. *Presa grávida dá à luz em solitária de presídio no Rio*. Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/presa-gravida-da-a-luz-em-solitaria-de-presidio-no-rio-26102015>. Acesso em 22.08.20.



-
- ²⁰ Portal G1. *Detentas relatam a vida de gestante e o pós-parto em presídio de SP*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/detentas-relatam-a-vida-de-gestante-e-o-pos-parto-em-presidio-de-sp.ghtml>. Acesso em 22.08.20.
- ²¹ Rede Peteca. *Crescer em clausura: conheça a rotina das mães que cumprem medidas socioeducativas*. Disponível em: <https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/noticias/materias/crescer-em-clausura-conheca-rotina-das-maes-que-cumprem-medidas-socioeducativas/> Acesso em 29.08.20.
- ²² STF. *2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente*. Notícias STF de 20.02.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em 24.08.20
- ²³ STF – HC 143.641 – Plenário – Julgado em 20.02.18. Dje de 09.10.18. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em 26.08.20.
- ²⁴ STF – HC 143.988 – Decisão de 19.10.2017 – Dje de 23.10.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313071343&ext=.pdf>
- ²⁵ STF – HC 143.988 – Decisão no AgRg em 16.08.2018 – Dje de 20.08.2018. Decido: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315042910&ext=.pdf>
- ²⁶ STF – HC 143.988 – Decisão de 27.09.2018 – Dje de 01.10.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338747015&ext=.pdf>
- ²⁷ STF – HC 143.988 – Ata de Julgamento de 25.08.2020. Dje de 28.08.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678> acesso em 29.08.2020.
- ²⁸ STF – ADI 3446 – julgada em 08.08.2019. Acórdão publicado no DJe de 30.07.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343882020&ext=.pdf> Acesso em 30.08.2020.
- ²⁹ Lei Complementar Estadual de São Paulo nº 988 de 9 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/alteracao-lei.complementar-988-09.01.2006.html> Acesso em 30.08.2020.
- ³⁰ Fundação Abrinq. Observatório da criança e do adolescente. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/medidas-socioeducativas/570-adolescentes-cumprindo-medidas-de-privacao-e-de-restricao-de-liberdade?filters=1,149;24,149>.
- ³¹ STF – ADI 3446 – Decisão de 08.08.201 – Acórdão publicado no DJe de 30.07.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343882020&ext=.pdf> Acesso em 30.08.2020.



Um relato de experiência a partir do Projeto “Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto - SP”: alguns apontamentos sobre articulação em rede e atuação extraprocessual na defesa de crianças e adolescentes

An experience report from the Project "Public Policies for Children and Adolescents in Situation of Rua de Ribeirão Preto - SP": some notes on networking and extra-procedural action in the defense of children and adolescents

Bruno César da Silva

Defensor Público e membro do Núcleo Especializado de Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Professor do curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).
bcsilva@defensoria.sp.def.br

Mariana Albuquerque Zan

Voluntária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP). Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).
mzan@usp.br

Resumo

O presente artigo tem por escopo a apresentação e discussão de algumas considerações acerca do Projeto “Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto - SP”, coordenado pela Defensoria Pública Estadual, no que tange às articulações criadas e estreitadas entre os serviços municipais a partir do Projeto e às estruturas desses serviços, sobretudo aqueles relacionados à Secretaria Municipal de Assistência Social (SEMAS). A partir disso, discutiremos sobre a necessidade de se pensar em serviços especializados para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua, sobretudo no que diz respeito ao serviço de acolhimento. Assim, pretendemos, enquanto membros do projeto, expor, por meio da abordagem metodológica de um relato de experiência, algumas reflexões acerca dos direitos de crianças e adolescentes em situação de rua, tendo por fio condutor a formulação de uma política pública em um contexto de intersetorialidade. Tendo em vista que o Projeto encontra-se em andamento, tratam-se de considerações elaboradas ao longo de sua construção e desenvolvimento, não se pretendendo aqui traçar conclusões definitivas, mas sim auxiliar na procura de respostas e caminhos a serem trilhados, com o escopo de orientar os futuros estudos que porventura venham complementar este trabalho.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Políticas públicas. Crianças e adolescentes em situação de rua. Intersectorialidade.

Abstract

The scope of this article is to present and discuss some considerations about the Project "Public Policies for Children and Adolescents in Situations of Rua de Ribeirão Preto - SP", coordinated by the State Public Defender's Office, regarding the articulations created and narrowed between the municipal services from the Project and the structures of these services, especially those related to the Municipal Social Assistance Secretariat



(SEMAS). From this, we will discuss the need to think about specialized services for the care of children and adolescents in a street situation, especially with regard to the reception service. Thus, we intend, as members of the project, to present, through the methodological approach of an experience report, some reflections about the rights of children and adolescents in a street situation, having as a common thread the formulation of a public policy in a context of intersectoriality. Considering that the Project is in progress, these are considerations elaborated throughout its construction and development, and it is not intended here to draw definitive conclusions, but rather to help in the search for answers and paths to be followed, with the scope of guiding future studies that may complement this work.

Keywords: *Public Defender's Office. Public policies. Children in street situations. Intersectoriality.*



1 Introdução

Este artigo tem por objetivo apresentar algumas considerações acerca do Projeto “Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto - SP”, coordenado pela Defensoria Pública Estadual, no que diz respeito às articulações criadas e estreitadas entre os serviços municipais a partir do Projeto e às estruturas desses serviços, sobretudo aqueles relacionados à Secretaria Municipal de Assistência Social (SEMAS).

Em termos estruturais do texto, inicialmente, traçaremos uma breve apresentação do histórico e do desenvolvimento do Projeto. Posteriormente, apresentaremos algumas abordagens conceituais no que diz respeito à temática de crianças e adolescentes em situação de rua, bem como os principais marcos normativos relativos a esse público. Por fim, elaborado o arcabouço argumentativo de maneira contextualizada, passaremos às considerações no que tange às articulações criadas e fortalecidas entre os serviços municipais a partir do Projeto, e alguns pontos de discussão sobre a necessidade de se pensar em serviços especializados para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua, sobretudo no que diz respeito ao serviço de acolhimento.

1.1 Metodologia

Em termos metodológicos, o presente trabalho consiste em um relato de experiência. Por experiência, entendemos os processos individuais e coletivos, processos esses não resumidos apenas em ações, mas também em percepções, sensações e interpretações dos sujeitos que as vivenciam (HOLLIDAY, 2006). Tratam-se, pois, de processos sócio-históricos, dinâmicos e complexos. Tendo a experiência como fio condutor deste trabalho, consideramos que, enquanto processo inédito e irrepetível, ela é vivenciada no contexto do Projeto e possui elementos que nos auxiliam na compreensão de processos semelhantes, bem como na reconstrução, ordenação, compreensão e interpretação das próprias experiências aqui trazidas. Implica afirmarmos nosso propósito em uma ação a partir da reflexão e, sobretudo, em trazeremos contribuições e lições a partir de uma postura epistemológica e uma proposta metodológica baseadas na sistematização de experiências.

Esperamos, de tal forma, que a compreensão das vivências conjugada a considerações e ao adequado aporte teórico contribuam tanto para uma ação reflexiva do próprio GT do Projeto, quanto com discussões acerca da temática de elaboração de políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua.

2 Projeto “Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto”: breve contextualização

O surgimento do Projeto adquire contornos especiais tendo em vista o papel institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Iniciado em Ribeirão Preto em 2017, dá-se após a abertura de Procedimento Administrativo Coletivo pela Defensoria Pública local com atribuição para atuação na defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Seu direcionamento foi alcançado



durante a Pré-Conferência da Regional de Ribeirão Preto da Defensoria Pública, em agosto de 2017.

Nesse contexto, verificado no cotidiano que a complexidade e a variedade de demandas importantes na área da infância e juventude levavam à necessidade de se eleger prioridades, foi sugerido, pelos defensores públicos titulares dos cargos com essa atribuição, que o grupo de trabalho “Infância e Juventude” existente na Pré-Conferência apontasse qual seria a demanda prioritária para o ano seguinte, diante de tantas necessárias.

Com isso, houve o apontamento, pela sociedade civil, da necessidade de a instituição voltar a sua atenção e os seus esforços para as demandas das crianças e adolescentes em situação de rua, população que é invisível às políticas cotidianas tradicionais e que vivencia todas as formas de vulnerabilidade e de violação a direitos. Neste passo, a temática “crianças e adolescentes em situação de rua” foi eleita como prioritária para atuação da unidade de Ribeirão Preto em 2018.

Trazer o histórico desse trajeto mostra-se relevante na medida em que se buscou garantir a indispensável participação popular no processo de escolhas de prioridades da instituição, seja a nível macro, na determinação de objetivos para o plano de atuação enquanto foco primordial das Conferências Estaduais, seja também a nível micro, apontando aos defensores que atuam diretamente com crianças e adolescentes as demandas mais sensíveis e prioritárias do ponto de vista da população da região.

Soma-se a isso a inegável inserção da temática escolhida pela sociedade civil nas atribuições da Defensoria Pública, que é a instituição do sistema de justiça encarregada da defesa, judicial e extrajudicial, das pessoas hipossuficientes, com fundamento no artigo 134 da Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso VI, alínea “c” e inciso XII, da Lei Complementar nº 988/2006, e nos artigos 3º - A, inciso III, e 4º, incisos I, III, VII, XI e XXI, todos da Lei Complementar nº 80/1994.

Escolhida a prioridade, foi instaurado o Procedimento Administrativo Coletivo que se iniciou com a abertura de Edital para seleção de interessados e interessadas em realizar serviço voluntário junto à Defensoria Pública, e com a elaboração do Plano de Ação do projeto.

O Edital de Serviço Voluntário - Área Infância e Juventude nº 01/2017, datado de 31 de agosto de 2017 e publicado no Diário Oficial em setembro do mesmo ano, tinha como objetivo selecionar pessoas voluntárias para: i) incentivar a participação da sociedade na atuação cotidiana da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em Ribeirão Preto, na área da Infância e Juventude; ii) fortalecer e aprimorar a capacidade operativa da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em Ribeirão Preto, na área da Infância e Juventude; iii) promover estudos quanto à previsão normativa de políticas públicas voltadas para crianças e adolescente em situação de rua; iv) promover levantamento das políticas públicas existentes em Ribeirão Preto e voltadas para crianças e adolescente em situação de rua; v) e avaliar as políticas públicas levantadas, sua pertinência e sua adequação às diretrizes nacionais e internacionais.

Por sua vez, o Plano de Ação elaborado para o projeto apontava para o objetivo de diagnosticar as necessidades da rede local no tocante ao atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua, delimitando medidas para a estruturação dos serviços. Partimos da premissa



da necessidade de incluir o tema na agenda pública, avançando nas discussões a fim de se chegar a ações práticas no campo das políticas públicas. Nesse sentido, entendemos que é um desafio a implicação dos profissionais de diversos níveis da gestão pública, seja o profissional da ponta da rede de atendimento que necessita assistir esta criança ou adolescente, seja o gestor das políticas públicas municipais que precisa estruturar a sua rede de atendimento para tanto, por meio da criação ou aprimoramento de políticas públicas. A especificidade do tema, bem como a carência de serviços específicos, também surgem como desafios importantes nesse contexto.

Entre os atores da rede local de proteção, há uma forte demanda por políticas públicas voltadas a este público específico de crianças e adolescentes, nas suas diversas peculiaridades, incluindo educação, assistência social, saúde, esporte/lazer, e convivência familiar e comunitária. A ideia central do Plano, portanto, consistiu em tentar responder a duas demandas, quais sejam: a) dar visibilidade às crianças e adolescentes em situação de rua e à necessidade de políticas públicas específicas, e b) qualificar e/ou criar políticas públicas que atendam, em Ribeirão Preto, a demanda específica de crianças e adolescentes em situação de rua.

Por conseguinte, o objetivo geral do Plano de Ação do Projeto foi analisar as políticas públicas municipais de atendimento a crianças e adolescentes em situação de rua, buscando aperfeiçoar a rede de proteção, com base nas diretrizes nacionais e internacionais e em experiências exitosas de outros municípios e, caso necessário, contribuir no planejamento, elaboração e proposição de novas políticas públicas.

Dentre alguns dos objetivos específicos do Plano de Ação, destacamos:

- a) Levantamento e análise das normativas nacionais e internacionais sobre políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua, incluindo as portarias do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA);
- b) Levantamento e análise das experiências exitosas de outros municípios na implementação de redes locais de proteção que atendam às peculiaridades deste público;
- c) Análise das políticas públicas já existentes no município de Ribeirão Preto para atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua;
- d) Realização de um seminário em Ribeirão Preto para discussão das peculiaridades e das necessidades de uma rede de proteção que busque atender de maneira adequada crianças e adolescentes em situação de rua em seus mais diversos aspectos (saúde, educação, convivência familiar, etc);
- e) Realização de uma audiência pública em Ribeirão Preto para apresentação dos dados coletados e das análises realizadas no primeiro momento do projeto, e para escuta da população e da rede de proteção sobre as dificuldades no atendimento a este público, bem como as necessidades que visualizam para que se tenha um atendimento efetivo;
- f) Com base em todas as informações colhidas, verificação da necessidade e da conveniência de se firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou propor Ação Civil Pública (ACP) em face do município.



Elaborado o Plano de Ação e selecionados os voluntários, a primeira etapa do trabalho consistiu no levantamento dos marcos conceituais e das principais normas nacionais e internacionais que dizem respeito à proteção desse grupo social. Além disso, foram estudadas algumas experiências exitosas de políticas públicas dedicadas a crianças e adolescentes implementadas no país.

Foram igualmente realizadas visitas a serviços já existentes na cidade, quais sejam, ONG Dona Nair, Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes em Situação de Vulnerabilidade e Risco Social (SAICA), Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), Conselho Tutelar, Centro de Atenção Psicossocial Infantil (CAPS i), a fim de conhecer melhor a realidade de atores que trabalham direta ou indiretamente com o público em questão.

No dia 11 de maio de 2018, com o apoio da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (EDEPE), ocorreu o Seminário “Perspectivas e diálogos sobre políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes em situação de rua” na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). O evento, voltado principalmente para gestores e representantes dos serviços, discutiu a trajetória, os desafios e as orientações técnicas para as políticas públicas nessa temática específica.

Dando seguimento ao programado, no dia 29 de junho de 2018, aconteceu a Audiência Pública “Políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP” na Câmara Municipal da cidade, que contou com a presença de diversas autoridades. Nesta oportunidade, atores da sociedade civil discutiram, apresentaram e aprovaram propostas concretas de encaminhamento da questão no município. Entre os encaminhamentos aprovados na Audiência estava a formação de um Grupo de Trabalho (GT) para atuar nesse campo.

Para concretizar esse direcionamento, foi formado um GT, composto por representantes das Secretarias Municipais de Assistência Social, Educação, Esporte, Saúde e Cultura, bem como representantes da Guarda Civil Municipal, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), Conselho Tutelar, representantes do Educandário, dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, da Liberdade Assistida, do Sistema de Justiça e do Núcleo de Atendimento Integrado (NAI). Também visando atender aos apontamentos da Audiência Pública, foi realizada apresentação de todo o projeto ao CMDCA visando maior aproximação com o Conselho de Direitos.

As reuniões do GT, realizadas mensalmente, começaram a ocorrer em setembro de 2018 e tiveram por escopo inicial a apresentação de todos os serviços oferecidos a crianças e adolescentes de um modo geral, a fim de que todos os componentes do GT se apropriassem da existência e do funcionamento dos serviços disponíveis no Município, bem como para possibilitar o mapeamento de serviços que atuam ou poderiam atuar, isolada ou conjuntamente, no atendimento de crianças e adolescentes que se encontram especificamente em situação de rua.

As reuniões de apresentação aconteceram até abril de 2019 e, com base nas discussões levantadas pelos próprios componentes do GT, nas atas das reuniões e nas informações disponibilizadas nas apresentações dos serviços, foi elaborado o Relatório Diagnóstico do Projeto “Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto”, redigido pelos voluntários que atuam junto à Defensoria Pública. O Relatório contém os serviços existentes



no Município, as questões de maior destaque no tocante à temática de crianças e adolescentes em situação de rua em Ribeirão Preto e as respectivas justificativas.

Apresentado o Relatório para o GT, este continuou se reunindo mensalmente. Todavia, superada a fase das apresentações dos serviços, as reuniões passaram a ter por objetivo a análise das questões elencadas no Relatório como principais e a consequente discussão de ações possíveis a curto, médio ou longo prazo por meio das vias vislumbradas como adequadas pelo GT.

Neste mesmo contexto, o relatório de diagnóstico também foi apresentado em reunião extraordinária do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente. A apresentação buscava ouvir da sociedade civil organizada que compõe e participa das reuniões do conselho suas impressões sobre o diagnóstico e sobre os serviços públicos municipais voltados para o público alvo.

Definidas as ações no âmbito do GT, os defensores públicos com atribuição para atuação na defesa dos direitos de crianças e adolescentes reuniram-se com as agentes do Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) e com os voluntários do Projeto para definição dos passos seguintes, tendo em vista a efetivação das ações a curto prazo elencadas. A fim de garantir a continuidade e coesão do trabalho, as ações foram categorizadas em: fluxos, ofícios, reuniões e outros, sendo estas últimas de caráter residual.

Na presente etapa do Projeto, defensores, agentes do CAM e voluntários do Projeto dividiram entre si os encaminhamentos a serem tomados para que as ações a curto prazo sejam realizadas e para que fosse apresentado, recentemente, um Relatório de Atividades e Resultados para o GT em reunião realizada ao fim de julho deste ano.

Exposto brevemente o caminho percorrido, que enseja a compreensão do contexto de intersetorialidade e das articulações entre os atores a que nos referimos, partimos para o segundo objetivo deste artigo.

Passaremos agora à metodologia do trabalho e, em seguida, às considerações elaboradas até o presente momento do Projeto, apresentando alguns resultados e limitações que se colocaram nessa etapa inicial, visto que a compreensão sobre qual é o público que temos por foco bem como o contexto normativo, nacional e internacional, que sustenta e dá força aos direitos das crianças e adolescentes em situação de rua é requisito de extrema relevância no processo de análise do quadro atual das políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes em situação de rua em Ribeirão Preto.

3 Algumas abordagens conceituais para a análise de políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes em situação de rua

O fenômeno das populações em situação de rua apresenta diversas determinações, como a precarização ou o rompimento total das relações de trabalho formal e a ruptura dos vínculos familiares e comunitários. Esses fatores conduzem à perda de suporte familiar, comunitário e da identidade social de trabalhador e à sobrevivência em condições de desabrigo, o que resulta em uma condição de sobrevivência sub humana. A situação de rua tende a estabelecer-se já na



adolescência e juventude, em grupos sociais em situação de pobreza extrema e que apresentam altos índices de vulnerabilidade social (FIORATI et al., 2016).

Historicamente, as políticas públicas de atenção a esse segmento social têm sido atravessadas por concepções de normatividade e estigmatização com base em intersectorialidade duvidosa, vez que articula atores sociais que, tradicionalmente, atuam com base na tutela e na repressão, tais como a assistência social e a segurança pública, o que se atrela, ainda, no Brasil, a uma lógica militarizada de intervenção. Ao mesmo tempo, os setores responsáveis pela implementação de políticas operam segundo uma ótica que consiste na individualização e na naturalização do problema, generalizando uma interpretação moral de que tais sujeitos são culpados pela situação na qual se encontram, o que gera maior discriminação social contra esses grupos (FIORATI et.al., 2016).

A problemática da pessoa em situação de rua, em decorrência de sua complexidade, demanda a atuação de diferentes áreas do conhecimento e práticas de forma articulada, constituindo-se em uma rede de ações complementares e contínuas, visando ao enfrentamento das questões que acometem essa população, e envolvendo, assim, os setores da saúde, educação, assistência social, sistema de justiça, entre outros. As políticas públicas mostram-se fragmentadas, insuficientes e setORIZADAS, demandando a organização interconectada de diversos setores e instâncias sociais no intuito de subsidiar a criação e articulação de políticas públicas que promovam a diminuição das desigualdades sociais, da discriminação e do estigma e criem estratégias de enfrentamento da problemática da exclusão social de populações e segmentos sociais (FIORATI et.al., 2014).

Nesse sentido, em relação às crianças e adolescentes em situação de rua, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) reconhece a heterogeneidade desse público, identificando-o em pelo menos duas grandes categorias: “crianças na rua” e “crianças de rua”. Nesse sentido, “crianças na rua” são as crianças que passam grande parte do dia na rua, mas têm algum apoio familiar e geralmente voltam para casa à noite; “crianças de rua” são crianças que passam mais dias e noites na rua e não recebem apoio familiar, ou seja, os vínculos familiares encontram-se rompidos. No entanto, independentemente do tempo em que as crianças permanecem nas ruas, ou se elas possuem ou não laços familiares, ou mesmo se vivem nas ruas, o “trabalho” é uma estratégia e um elemento comum a todas elas, desempenhado enquanto atividades econômicas lícitas e/ou ilícitas (FERREIRA, 2011).

Segundo a Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 1/2016 bem como as Diretrizes Nacionais para o Atendimento a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua (BRASIL, 2017), trata-se de sujeitos em desenvolvimento com direitos violados, que utilizam logradouros público e áreas degradadas como espaço de moradia ou sobrevivência, de forma permanente e/ou intermitente, em situação de vulnerabilidade e/ou risco pessoal e social pelo rompimento ou fragilidade do cuidado e dos vínculos familiares e comunitários. Têm em comum a pobreza extrema, a dificuldade de acesso e/ou permanência nas políticas públicas, sendo caracterizados por sua heterogeneidade, como gênero, orientação sexual, identidade de gênero, diversidade étnica-racial, religiosa, geracional, territorial, de nacionalidade, de posição política, deficiência, entre outros.



No presente trabalho, nossa escolha pelo termo “em situação de rua” (RIZZINI, 2019) justifica-se por duas razões, quais sejam: romper com os estigmas e preconceitos que as denominações “na rua” e “de rua” carregam, estando frequentemente relacionadas à marginalização e à violência, bem como abranger os diversos sentidos do “estar na rua”, compreendendo também as possibilidades de afrouxamento e até mesmo de rompimento desta enquanto local de referência para crianças e adolescentes.

Nesse sentido, “em situação de rua” comporta tipificações diversas, sendo que estudos apontam que as mais frequentes são: situação de trabalho nas ruas, situação de pedir nas ruas, situação de abuso e exploração sexual nas ruas, situação de uso abusivo de álcool e outras drogas nas ruas, situação de ameaça de morte nas ruas, situação de pernoite ou moradia nas ruas e situação de pernoite ou moradia nas ruas de crianças e adolescentes acompanhados da família (BRASIL, 2014).

Compreendido, ainda que em termos gerais, qual o público alvo e a importância do pensar em rede as políticas públicas, passa-se à análise dos marcos normativos mais recentes, que instituem diretrizes para a formulação de políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes em situação de rua. De forma breve, apresentaremos as principais contribuições trazidas por cada norma no que diz respeito à questão social em foco.

3.1 Apresentação dos marcos normativos analisados

Nesta parte empírica do artigo foram analisados os documentos abaixo especificados, que passaram por um processo de leitura e categorização.

3.1.1 Diretrizes Nacionais para o atendimento a crianças e adolescentes em situação de rua

Publicação que reúne um pouco do conhecimento produzido no grupo de trabalho do CONANDA e destinado a fortalecer a rede socioassistencial e as políticas públicas de promoção dos direitos de crianças e adolescentes em situação de rua (CASR). O grupo é formado por organizações da sociedade civil, técnicos do governo federal das políticas setoriais afetas ao tema e conselheiros nacionais do CONANDA. A publicação reúne também as normativas aprovadas no âmbito de três colegiados diferentes, que são trazidas nos próximos tópicos.

a) Recomendação nº 011, de 07 de Outubro de 2016, e Nota Técnica Conjunta nº 001/2016, do Ministério da Saúde e Ministério do Desenvolvimento Social

Recomendação que dispõe sobre a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos. Estabelece Diretrizes, Fluxo e Fluxograma para a atenção integral.



b) Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº1, de 15 de dezembro de 2016

Resolução que traz o conceito e o atendimento de criança e adolescente em situação de rua, em especial nos Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.

c) Resolução nº187, de 23 de maio de 2017

Resolução que aprova o documento “Orientações Técnicas para Educadores Sociais de Rua em Programas, Projetos e Serviços com Crianças e Adolescentes em Situação de Rua”.

Estas orientações técnicas destinam-se a educadores sociais de rua, gestores, coordenadores e equipes técnicas responsáveis pela implantação, organização e consolidação de serviços, programas e projetos com crianças e adolescentes a partir dos princípios da educação social de rua. Configura-se também como um importante documento para os demais atores sociais que participam da promoção e do controle social da política de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

d) Resolução Conjunta CNAS/CONANDA, nº1, de 7 de junho de 2017

Resolução que estabelece as Diretrizes Políticas e Metodológicas para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua no âmbito da Política de Assistência Social.

e) Proposta de criação de centro de referência especializado para população em situação de rua – crianças e adolescentes

A publicação é uma diretriz discutida pelo grupo de trabalho (GT) do CONANDA, mas que ainda não foi submetida à aprovação pelo CNAS. Aborda as principais características de um serviço novo: o Centro Pop para Criança e Adolescente.

3.1.2 Comentário geral nº 21 (2017) sobre crianças em situações de rua (Comitê dos Direitos da Criança - ONU)

Documento que tem por objetivo proporcionar aos Estados uma orientação bem fundamentada sobre como desenvolver estratégias nacionais amplas e em longo prazo sobre as crianças e adolescentes em situação de rua, fazendo uso de um enfoque integral de direitos humanos e contemplando mecanismos tanto de prevenção quanto de resposta que se ajustem à Convenção sobre os Direitos das Crianças e Adolescentes (tradução nossa da primeira parte do item 2 do comentário geral).

3.1.3 Lei Estadual nº 16.544, de 06 de outubro de 2017

Lei que institui a Política Estadual de Atenção Específica para a População em Situação de Rua no Estado de São Paulo. Ressalta-se que no universo da população em situação de rua, as crianças e adolescentes devem demandar especial atenção, tendo em vista a própria condição



peculiar de desenvolvimento desse público (art. 6º, ECA) e a previsão constitucional de prioridade absoluta para crianças, adolescentes e jovens (art. 227, CF).

4 Considerações sobre o Projeto “Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto”

A partir do histórico apresentado bem como do arcabouço legal trazido em relação aos direitos de crianças e adolescentes em situação de rua, passamos agora para as considerações que reputamos relevantes dentro do que nos propomos neste trabalho, qual seja, expor, por meio da abordagem metodológica de um relato de experiência, algumas reflexões acerca dos direitos de crianças e adolescentes em situação de rua, tendo por fio condutor a formulação de uma política pública em um contexto de intersetorialidade.

Em um primeiro momento, consideramos necessário pontuar que não há, até o presente momento, dados oficiais acerca de crianças e adolescentes em situação de rua em Ribeirão Preto. Embora haja uma pesquisa elaborada por uma instituição local não governamental, não se trata de um documento suficiente para um diagnóstico completo sobre crianças e adolescentes em situação de rua do município e tampouco exime o Poder Público da necessidade de colher, categorizar e organizar dados sobre esse grupo.

Assim, não há qualquer informação relativa a números, idade, sexo, gênero, raça/etnia, locais da cidade onde exercem suas atividades de trabalho, onde passam a maior parte do tempo e os espaços públicos onde dormem. Dadas as particularidades desse grupo, sobretudo no que diz respeito a sua heterogeneidade e seu perfil itinerante, há uma dificuldade em se formular diagnósticos completos. Contudo, a falta de dados não consiste em justificativa plausível para a desnecessidade do Poder Público em elaborar e executar uma política pública para esse público. Em sentido contrário, a ausência de informações caracteriza-se como um dado em si, desvelando a invisibilidade e a inexistente preocupação estatal para com crianças e adolescentes em situação de rua.

Retornando ao Projeto em si, dado o seu percurso, uma primeira consideração a ser feita foi a notável ausência de articulação entre as secretarias municipais, bem como entre os demais serviços que, de alguma forma, encontram-se conectados a demandas de crianças e adolescentes. Trata-se de uma consideração relevante, haja vista que a falta de articulação mostrou-se elemento central para o desconhecimento dos próprios profissionais no que diz respeito aos serviços existentes, às suas atribuições e, sobretudo, ao referenciamento entre os próprios serviços, isto é, a comunicação entre os serviços acerca dos encaminhamentos dados caso a caso.

A ausência de uma rede articulada entre secretarias e serviços representa não apenas uma descontinuidade na prestação de serviços, mas também evidencia a ausência de planejamento e de um projeto uno, coeso e consistente no que diz respeito ao atendimento de crianças e adolescentes, sobretudo, daqueles que se encontram em situação de rua. Dessa forma, o desconhecimento dos serviços existentes e das suas respectivas atribuições, bem como a ausência de referenciamento mostram-se, senão inevitáveis, ao menos esperados.



Importante ressaltarmos que, dada a estratégia intersetorial adotada para o enfrentamento da desarticulação entre os serviços existentes, questões como essa levantada tiveram espaço nas reuniões do GT e puderam ser, muitas das vezes, resolvidas ou então mitigadas. Como por exemplo, a ocorrência de uma fase no Projeto em que as reuniões tiveram por objetivo a apresentação de cada serviço possibilitou que os membros do GT tomassem ciência sobre as atribuições de cada secretaria, de cada instituição e de cada serviço componente do grupo. Além disso, alguns fluxos puderam ser desenhados e facilitados a partir dessa fase do Projeto, haja vista que os membros do GT puderam identificar algumas lacunas no atendimento e puderam, de imediato, indicar quais medidas poderiam ser tomadas dali em diante.

Neste sentido, pontuamos que a noção de intersetorialidade que aqui adotamos consiste em processos organizados e coletivos e ações deliberadas que pressupõem o respeito à diversidade e às particularidades dos atores envolvidos. Funciona, pois, como uma articulação de conhecimentos e experiências no planejamento, implementação e avaliação das ações, a fim de se chegar a resultados integrados no enfrentamento de problemas sociais complexos e que tenham por consequência o desenvolvimento social e a melhoria na condição de vida da população (BICHIR; CANATO, 2019). Assim, temos que a existência de um GT organizado e de composição plural ganhou destaque no tocante ao estabelecimento das demandas, suas respectivas justificativas e possíveis ações para solucioná-las ou mitigá-las. Certamente, essa tarefa se mostraria muito mais trabalhosa e complexa se não contasse com a participação articulada dos próprios serviços que, de alguma maneira, atuam junto de crianças e adolescentes.

Outra consideração a ser feita diz respeito à precarização dos serviços envolvidos no atendimento de crianças e adolescentes, sobretudo de serviços pertencentes à Secretaria Municipal de Assistência Social (SEMAS). Durante as reuniões do GT, problemas relativos à falta de investimentos em infraestrutura, à insuficiência de pessoal para a execução dos trabalhos e à falta de capacitação dos profissionais para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua foram frequentemente citados.

Nesse contexto, um serviço da SEMAS destaca-se, qual seja: o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV). Em linhas gerais, trata-se de um serviço prestado em 13 núcleos do município. Tendo atividades desenvolvidas por educadores e educadoras, os Núcleos de SCFV são voltados, em sua maioria, para o atendimento de crianças e adolescentes e para o desenvolvimento de atividades de contraturno escolar. São espaços onde também são oferecidas alimentação e atividades de higiene pessoal para crianças e adolescentes.

Realizadas visitas a todos os Núcleos de SCFV de Ribeirão Preto pelos defensores públicos da Vara da Infância, bem como pelos voluntários que atuam no Projeto junto à Defensoria Pública, identificamos o potencial desse serviço para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua. Isso porque os Núcleos de SCFV, para além do desenvolvimento de atividades, oferecimento de alimentação e higiene pessoal, são centrais em termos comunitários, isto é, nos locais onde se encontram inseridos, a comunidade adere, contribui e participa assiduamente de suas atividades. Caracterizam-se, pois, como um serviço de referência para a comunidade no atendimento de crianças e adolescentes.



Após a realização das visitas, restou evidente a necessidade de mudanças significativas no serviço, sobretudo no que tange aos investimentos em infraestrutura, recursos humanos, atividades e elaboração de um plano de trabalho e de expansão para o referido serviço. Contudo, ainda que em meio à precarização, os Núcleos de SCFV têm atuado na comunidade de maneira constante e expressiva, sendo identificados como um serviço referência para o atendimento de crianças e adolescentes e potencial serviço para atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua.

Por fim, a consideração que reputamos necessária enquanto relato de experiência no âmbito do Projeto é a existência de três pontos levantados e discutidos frequentemente no que diz respeito à elaboração de uma política pública para crianças e adolescentes em situação de rua em Ribeirão Preto, quais sejam: a necessidade de criação de fluxos entre os serviços (intersectorialidade), o fortalecimento dos SCFV e a criação de um serviço específico de acolhimento para crianças e adolescentes em situação de rua.

A necessidade de criação de fluxos surgiu como uma questão relevante dentro da temática, tendo em vista que algumas demandas de crianças e adolescentes em situação de rua no Município poderiam ser atendidas de maneira satisfatória caso existissem fluxos pré-estabelecidos entre os serviços. Significa a existência de uma rede de serviços capaz de atender de maneira integral e multidisciplinar sujeitos que têm seus direitos e garantias constantemente violados e que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Vale destacar que é fundamental que os fluxos intersectoriais criados sejam instituídos como política pública e pactuados entre as respectivas Secretarias. Isso porque também se verificou que muitas articulações são personificadas ou que funcionam como política de governo, perdendo-se no tempo com a mudança de gestão ou com a troca das pessoas que estão à frente dos serviços, o que acarreta prejuízos significativos para o atendimento desse grupo de crianças e adolescentes.

Assim, em um primeiro momento, considerando as discussões e debates realizados em âmbito do GT do Projeto, sobretudo no que diz respeito à insuficiência e ausência de fluxos, bem como as tipificações das situações de rua ora apresentadas (situação de trabalho nas ruas, situação de pedir nas ruas, situação de abuso e exploração sexual nas ruas, situação de uso abusivo de álcool e outras drogas nas ruas, situação de ameaça de morte nas ruas, situação de pernoite ou moradia nas ruas e situação de pernoite ou moradia nas ruas de crianças e adolescentes acompanhados da família), a elaboração e o fortalecimento de fluxos devem considerar os fatores de vulnerabilidades do público em questão bem como os diversos sentidos e contextos do estar na rua.

O fortalecimento do SCFV coloca-se como uma demanda a nível municipal, haja vista sua precarização e sucateamento. No âmbito do Projeto, a expansão e o aprimoramento do serviço apresenta-se como uma possibilidade para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua. Implica afirmarmos que, atualmente, tal serviço não tem por objetivo e tampouco estrutura para o atendimento desse público. Todavia, dadas as suas particularidades e potencialidades explanadas acima, o SCFV mostra-se como um serviço que pode integrar a rede de proteção a crianças e adolescentes em situação de rua.



A necessidade de criação de um serviço específico para atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua, em especial um serviço de acolhimento, tem por fundamento as Resoluções Conjuntas nº 1 de 2016 e nº 1 de 2017 do CNAS e CONANDA. Ambas dizem respeito ao atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua: aquela trata sobre o conceito de crianças e adolescentes em situação de rua, além do que inclui orientações técnicas acerca do serviço de acolhimento para crianças e adolescentes, em especial aqueles que se encontram em situação de rua. Essa, por sua vez, traz diretrizes políticas e metodológicas para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua, voltadas ao âmbito da Política de Assistência Social.

O ponto chave desses documentos são as considerações acerca das particularidades que devem ser cumpridas pelos serviços de atendimento a crianças e adolescentes em situação de rua. Isso porque, dadas todas as diversas e constantes violações de direitos a que esse público encontra-se submetido, tais serviços devem ser orientados a partir de uma metodologia específica, que esteja comprometida com práticas e intervenções que rompam com estigmas e preconceitos em relação a crianças e adolescentes em situação de rua. Ademais, esses serviços devem contar com um corpo profissional capacitado e alinhado a processos de construção e reafirmação de identidades, pertencimento e integração.

Sabemos que o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária aponta que os serviços de acolhimento institucional não devem ter público categorizado e que, portanto, devem ser universais, evitando-se assim estigmas para essas crianças. Contudo, a prática também demonstrou, e por isso o reconhecimento do CONANDA e do CNAS, que o SAICA tradicional não consegue dar conta das necessidades peculiares deste público alvo. Isto porque, tradicionalmente, este serviço possui regras rígidas para entrada, permanência e saída, o que acarreta no desligamento constante dos programas e na dificuldade de criação de vínculos com a criança e/ou adolescente. Os Serviços de Acolhimento para crianças e adolescentes em situação de rua devem contar com processos e diferenciais para atendimento desse público, não devendo possuir natureza de acolhimento compulsório.

No que tange à criação de um serviço de acolhimento específico para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto, no âmbito do Projeto, profissionais que integram o GT identificaram a ausência desse serviço como um complicador na construção de uma rede completa e que atenda às demandas de maneira integral. Isso porque as especificidades de um serviço de acolhimento dificilmente serão supridas por outros serviços da rede, sobretudo em se tratando da possibilidade de pernoite permanente ou esporádica.

Todavia, dadas as próprias limitações do GT e do Projeto, os defensores públicos da Vara da Infância e Juventude de Ribeirão Preto, os voluntários que atuam junto à Defensoria Pública e a equipe do CAM voltaram seus esforços para o delineamento de fluxos entre os serviços e para o fortalecimento do SCFV, a fim de que, desta forma, algumas das demandas de crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto possam ser atendidas. A criação de um serviço de acolhimento conforme todas as diretrizes e especificações estabelecidas pelas resoluções supracitadas não deixa de ser medida necessária no contexto municipal. Contudo, a escolha pela criação de fluxos e pela busca de fortalecimento do SCFV, neste primeiro momento, consiste em decisão estratégica, tendo em vista os arranjos institucionais presentes e o cenário de intersectorialidade construído ao longo do desenvolvimento do Projeto.



5 Considerações finais

Através do presente relato de experiência foi possível observar as dificuldades e os desafios de se implementar políticas públicas eficientes para crianças e adolescentes em situação de rua. Seja pela invisibilidade social do público, pela precarização dos serviços públicos de assistência social, pela falta de recursos materiais e humanos adequados, ou ainda pela ausência de uma articulação entre as diversas Secretarias envolvidas.

Surge então como fundamental nesse contexto que se garanta visibilidade à questão, inserindo na esfera pública o debate sobre a necessidade de aprimoramento e de implementação de serviços que garantam a proteção aos direitos destas crianças e adolescentes. Câmara de Vereadores, Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares e a sociedade civil organizada surgem como importantes parceiros para viabilizar a inserção da temática na agenda política local e para garantirem que os avanços se tornem política pública de Estado e não de governo.

Por fim, também merece destaque que todos os estudos realizados ao longo dos três anos de projeto apontam explicitamente para a necessidade de implementação de um serviço específico para o acolhimento de crianças e adolescentes em situação de rua, nos moldes das Resoluções Conjuntas nº 1 de 2016 e nº 1 de 2017 do CNAS e CONANDA. As peculiaridades do público alvo, que não consegue se enquadrar nos rigores formais dos acolhimentos institucionais tradicionais, somadas à ausência de outros serviços na rede de proteção que possam garantir atendimento noturno para essas crianças, deixam evidente que somente assim aqueles que estão em situação de maior vulnerabilidade social serão realmente atendidos minimamente em suas necessidades básicas.

Referências bibliográficas

BICHIR, Renata; CANATO, Pamella. Solucionando problemas complexos? Desafios da implementação de políticas intersetoriais. In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Implementando desigualdades**: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas. Rio de Janeiro: IPEA, 2019, p. 243-265.

BRASIL. **Diretrizes Nacionais para o Atendimento a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua**, 2017. Disponível em: <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2017/08/0344c7_4fe2ba1cd6854b649d45d71a6517f80d.pdf>. Acesso em 02 de fev. de 2020.

BRASIL. **Subsídios para a elaboração de uma política nacional de atenção à criança e adolescentes em situação de rua**, 2014. Disponível em: <https://045977a2-f8b9-44a3-9e12-5c9de5f4d705.filesusr.com/ugd/0344c7_5fce820fb4e44824a1c57a5e5d75b586.pdf>. Acesso em 02 de ago. de 2020.

FERREIRA, F. P. M. Crianças e adolescentes em situação de rua e seus macro determinantes. **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 20, n. 2, pp. 338-349, 2011.

FIORATI, R.C., CARRETTA, R.Y.D., KEBBE, L.M., CARDOSO, B. L., XAVIER J. J.S. As rupturas sociais e o cotidiano de pessoas em situação de rua: estudo etnográfico. **Revista Gaúcha de Enfermagem**. 2016; 37(esp): e72861.



FIORATI, R. C. et. al. População em vulnerabilidade, intersetorialidade e cidadania: articulando saberes e ações. **Revista Saúde e Sociedade**, vol. 23, nº 4, São Paulo, out./dez. 2014, p.1458-1470.

HOLLIDAY, O. J. Sistematização das experiências: algumas apreciações. In: BRANDÃO, C. R.; STRECK, D. R. (Orgs.). **Pesquisa participante: a partilha do saber**. Aparecida-SP: Ideias & Letras, 2006, pp. 227-245.

RIZZINI, I. **Crianças e adolescentes em conexão com a rua: pesquisa e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-RIO, 2019.



A importância do papel institucional da Defensoria Pública na implementação prioritária de políticas públicas na área da infância e da juventude

The importance of the institutional role of the Public Defender in the priority implementation of public policies in the area of childhood and youth.

Alira Cristina de Menezes Pereira

Defensora Pública de 3^a entrância da infância e da juventude
Defensoria Pública do Estado do Pará
aliramenezes@uol.com.br

Bianca Duarte Branco Caribé

Defensora Pública de 2^a entrância cível/da infância e da juventude
Defensoria Pública do Estado do Pará
biancabrancoo@gmail.com

Kassandra Campos Pinto Lopes Gomes

Defensora Pública de 3^a entrância da infância e da juventude
Defensoria Pública do Estado do Pará
kassandra.campospinto@gmail.com

Resumo

Este artigo visa fazer um paralelo entre a evolução da Defensoria Pública e a mudança de paradigma na área da infância e da juventude, que se baseia na doutrina da proteção integral e no princípio da prioridade absoluta, além de uma rápida análise da importância do seu papel institucional na defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes e na implementação de políticas públicas de forma prioritária e permanente, no ano em que a Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) completa 30 anos e o mundo enfrenta um momento de crise sem precedentes e com grande impacto para o público infantojuvenil.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Políticas públicas. Prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Abstract

This article aims to make a parallel between the evolution of the Public Defender Office and the paradigm shift in the area of childhood and youth, which is based on the doctrine of integral protection and the principle of absolute priority, in addition to a quick analysis of the importance of its role institutional defense of the fundamental rights of children and adolescents and the implementation of public policies in a priority and permanent manner, in the year in which Law n.º 8.069/1990 (Statute of Children and Adolescents) turns 30 years and the world faces a moment of unprecedented crisis with a great impact on children and youth.

Keywords: *Public Defender. Public policies. Absolute priority for child and adolescent.*



INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), definiu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, reconhecendo a condição peculiar de desenvolvimento em que se encontram e destacando a necessidade de prioridade absoluta na proteção dos seus direitos como dever da família, da sociedade e do Estado.

No ano em que o ECA completa 30 anos, vivemos uma pandemia mundial da Covid-19 com reflexos profundos para as pessoas. Nesse contexto, apesar de avanços obtidos durante a caminhada, ainda hoje nos deparamos com situações de risco e vulnerabilidade para nossas crianças e adolescentes que desafiam um olhar mais atento à necessidade da implementação de políticas sociais públicas de forma prioritária e permanente. Isso porque, não raras vezes, o que se vê é a descontinuidade de ações estatais tão logo mudem os governantes, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito com objetivos fundamentais bem definidos pela nossa Carta Magna (art. 3º)¹.

Sabemos que a nossa legislação é uma das mais avançadas, porém, tímida quanto à sua concretização e dos seus preceitos e princípios com integralidade.

Alçada à categoria de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública se destaca como integrante do Sistema de Garantia de Direitos (SGD) na luta pela defesa dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Imbuída da sua missão institucional de defesa dos mais vulneráveis, a Defensoria Pública se alia ao princípio da prioridade absoluta para debater, impulsionar e cobrar a implementação de políticas públicas visando a redução da desigualdade social, o acesso a políticas de atendimento adequadas e democráticas ao coletivo infantojuvenil, o desenvolvimento regular e saudável das crianças e dos adolescentes, contando, preferencialmente, com o apoio da equipe interdisciplinar, seja de forma individual ou em parceria com os demais atores do SGD.

1. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM PARALELO À MUDANÇA DE PARADIGMA NA ÁREA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

A Constituição Federal de 1988 elevou a Defensoria Pública à função essencial à justiça (art. 134)² e confirmou o dever do Estado de prestar a *assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos* (art. 5º, LXXIV). Este avanço consolidou-se, a nível federal, com a institucionalização da Defensoria Pública da União, a partir da Lei Complementar 80/1994. Em 2004, a Emenda Constitucional nº. 45 assegurou às Defensorias Públicas estaduais autonomia funcional e administrativa, dando-lhes, ao menos na lei, tratamento equivalente ao da Magistratura e do Ministério Público.

Na prática, o processo de efetivação das Defensorias Públicas em todo o Brasil tem sido mais lento do que se esperava. Até 1990, apenas sete Estados brasileiros contavam com



Defensorias Públicas, e somente em 2011 e 2012 foram criadas as duas últimas, no Estado do Paraná e no Estado de Santa Catarina, respectivamente.

Neste cenário, tivemos, também a partir da Carta Constitucional de 1988, o reconhecimento da primazia do interesse da criança e do adolescente. Importante ressaltar que, como signatário de tratados internacionais, que há muito já reconheciam crianças e adolescentes como sujeitos prioritários de direito³, faltava ao Brasil incorporar à sua legislação a prioridade absoluta. Assim, a doutrina da “situação irregular”, em vigor até então, é substituída pela doutrina da proteção integral, conforme o dispositivo constitucional:

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, crueldade e opressão.

Em 1990 foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente que confirmou o referido Princípio:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) 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;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Como, então, uma Defensoria Pública recentemente criada como instituição essencial à justiça, com dificuldades de implementação em âmbito federal e estadual, posiciona-se diante da absoluta prioridade de crianças e adolescentes? Tanto a instituição quanto o princípio surgem ao mesmo tempo, com as mesmas incertezas e angústias do que é novo, apesar de nitidamente essenciais.

Crianças e adolescentes, na qualidade de sujeitos de direitos exigíveis como à liberdade, à dignidade, à educação, à saúde e outros, e a instituição Defensoria Pública surge como agente da proteção jurídica para o acesso à prestação e exercício desses direitos, bem como para defender, quando ameaçados, aqueles direitos que só podem ser exercidos pelo próprio sujeito, como a liberdade de expressão.

Foi assim, portanto, que as Defensorias Públicas se desenvolveram, junto com a busca da efetivação do Princípio da Prioridade Absoluta. Vale ressaltar que a própria Instituição, na condição de Órgão Público estatal autônomo, deve priorizar a criança e o adolescente em suas ações, sob a ótica, inclusive, da lei de responsabilidade fiscal⁴.



Nesse resgate histórico, merece destaque ainda a Resolução n.º 113/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que trata do eixo da defesa dos direitos da criança e do adolescente:

Art. 7º Neste eixo situa-se a atuação dos seguintes órgãos públicos:

(...)

III. Defensorias públicas, serviços de assessoramento jurídico e assistência judiciária;

(...)

Art. 8º Para os fins previstos no art. 7º é assegurado o acesso à justiça de toda criança ou adolescente, na forma das normas processuais, através de qualquer dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 1º Será prestada assessoria jurídica e assistência judiciária gratuita a todas as crianças ou adolescentes e suas famílias, que necessitarem, preferencialmente através de defensores públicos, na forma da Lei Complementar de Organização da Defensoria Pública.

§ 2º A não garantia de acesso à Defensoria Pública deverá implicar em sanções judiciais e administrativas cabíveis, a serem aplicadas quando da constatação dessa situação de violação de direitos humanos.

Art. 9º O Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Segurança Pública deverão ser instados no sentido da exclusividade, especialização e regionalização dos seus órgãos e de suas ações, garantindo a criação, implementação e fortalecimento de:

(...)

VI. Núcleos Especializados de Defensores Públicos, para a imprescindível defesa técnica jurídica de crianças e adolescentes que dela necessitem;

(...)

Surgem, então, os Núcleos Especializados da Criança e do Adolescente nas Defensorias Públicas de todo o Brasil. Sem dúvida, diante de reduzido orçamento, em comparação aos demais Órgãos de Justiça, e a deficiência no número de cargos providos, os núcleos não estão presentes, até hoje, sequer em todas as Comarcas onde a Defensoria Pública está instalada. No Estado do Pará, a título de exemplo, encontra-se completo, inclusive com equipe técnica interdisciplinar, fundamental para o seu pleno funcionamento, apenas na capital.

Importante observar que o compromisso da Defensoria Pública na garantia dos direitos de crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, deve pautar a atuação de todos os seus membros e servidores, seja na participação em Conselhos e Comissões, seja na atuação judicial. Assim, Defensoras e Defensores Públicos de todo o Brasil, construíram, ao longo desses anos, entendimentos jurisprudenciais que garantiram, em vários níveis, a efetividade do Princípio da Prioridade Absoluta. Nesse sentido, o reconhecimento da legitimidade para propositura de ação civil pública foi fundamental, conforme julgado abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE



EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 Divulgado 05-08-2015 Publicado 06-08-2015 RTJ VOL-00236-01 PP-00009).

Destacamos, ainda, os seguintes julgados⁵ em ações propostas pela Defensoria Pública (grifos nossos):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. VAGA EM CRECHE PÚBLICA. DIREITO SUBJETIVO DA CRIANÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL ATACADA NO RECURSO INTERPOSTO PELA MUNICIPALIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO QUE SE AFASTA, EIS QUE NÃO SE PODE CONFUNDIR FUNDAMENTAÇÃO CONCISA COM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, INEXISTINDO VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO PRESENTE CASO. GARANTIA CONSTITUCIONAL PREVISTA NO ARTIGO 208, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REPRODUZIDA NO ARTIGO 54, INCISO IV, DA LEI Nº 8.069/90. **A EDUCAÇÃO É UM DIREITO SOCIAL QUE DEVE SER PRESTADO COM PRIORIDADE ABSOLUTA PELA FAMÍLIA E PELO PODER PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 6º E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** PACÍFICA A JURISPRUDÊNCIA DESTA EGRÉGIA CORTE DE JUSTIÇA ESTADUAL, NO SENTIDO DE QUE COMPETE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE À MUNICIPALIDADE, O DEVER DE ASSEGURAR O ATENDIMENTO DE CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE INCOMPLETOS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS. O DIREITO À EDUCAÇÃO É ESSENCIAL AO DESENVOLVIMENTO DO MENOR, SE AFIGURANDO UM DIREITO SUBJETIVO DA CRIANÇA, COMPETINDO AO PODER PÚBLICO GARANTIR SUA EFETIVAÇÃO. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE NÃO SE COMPADECE COM A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. A RESERVA DO POSSÍVEL NÃO PODE SERVIR DE ESCUSA AO DESCUMPRIMENTO DE MANDAMENTO FUNDADO EM SEDE CONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE QUANDO ACARRETAR A SUPRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E AO POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS AO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA DEFENSORIA PÚBLICA E FIXADOS EM VALOR RAZOÁVEL NOS TERMOS DO ARTIGO 85, §8º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Apelação Cível nº 0002210-19.2017.8.19.0068-TJRJ, Relator Des. Augusto Alves Moreira Júnior, Julgado em 30-04-2019, Publicado em 07-05.2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. VAGA PARA LEITO EM HOSPITAL COM NEONATAL. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. **Não há falar em ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que o Estado, em todas as suas esferas de poder, deve assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde, fornecendo gratuitamente o tratamento médico cuja família não tem condições de**



custear. Responsabilidade solidária, estabelecida nos artigos 196 e 227 da Constituição Federal e art. 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. **CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** FADEP. CABIMENTO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Cabe condenar o Município ao pagamento de honorários advocatícios em favor da *Defensoria Pública*, pois esta não se cuida de órgão integrante do ente *público* municipal. Apelação desprovida. (Apelação Cível, Nº 70080680200, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 20-03-2019).

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E A PRIORIDADE ABSOLUTA

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 impuseram a mudança de paradigma para nossas crianças e adolescentes que deixaram de ser meros objetos da lei, passando a serem sujeitos de direitos e com direito a voz (diretamente ou por representação) e vez nas deliberações que lhes envolver.

A prioridade absoluta no desenvolvimento e efetivação de ações estatais voltadas ao público infantojuvenil tem reflexo direto na elaboração de políticas sociais públicas (art.4º, parágrafo único, c, do ECA)⁶.

A universalização dos direitos humanos com foco na dignidade da pessoa humana, a formulação de políticas públicas destinadas a tornar concretos esses direitos deve ser uma luta possível, ainda que as vitórias sejam acompanhadas de algumas derrotas, mas o objetivo a se buscar é o da prioridade absoluta dos direitos de crianças e adolescentes, pois que pessoas em especial condição de desenvolvimento.

Passados 30 anos desde a edição do Estatuto, o grande desafio permanece: o de concretização dessas políticas públicas de forma equânime para o público infantojuvenil em todo o território brasileiro de dimensões continentais e marcado por tão injusta desigualdade social.

Nesse contexto, as instituições são imprescindíveis como ferramentas de transformação social e para a efetivação dos direitos afetos à cidadania, para tanto, necessária e inadiável a incorporação do enfoque de desenvolvimento social da sociedade brasileira, através da elaboração de um diagnóstico que sirva de base para a construção dessas políticas sociais adequadas à realidade social.

A nossa legislação é uma das mais avançadas do mundo, mas aqui não se está buscando retórica, nem conceitos abstratos prontos e acessíveis a todos os operadores do direito, mas a reflexão sobre as lacunas existentes ainda hoje dessa atuação estatal mais ampla e presente, constantemente preenchidas pelos demais atores da rede de proteção, sociedade civil, Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares e quando não bastante, pela via do sistema de justiça, todos integrantes do Sistema de Garantia de Direitos (SGD).

GONZÁLEZ pondera sobre essa defasagem entre previsão e efetivação no campo das políticas públicas para a infância, completando:

A aprovação de leis não garante sua execução. Para tal, identificam-se três condições que devem ser combinadas:



a) Condições sociais e culturais. A norma ou a política proposta devem ter um embasamento na sociedade, não apenas contando com legitimidade perante os indivíduos, mas preferencialmente sendo capaz de mobilizar coletivos pelo seu cumprimento ou implementação;

b) Condições políticas. O poder público e seus diversos organismos estatais devem demonstrar interesse, manifestado por meio de planejamento e da execução de ações para este cumprimento;

c) Condições institucionais. A existência de legitimidade e pressão social, acompanhada de compromisso das autoridades políticas, é insuficiente se as instituições e recursos existentes forem incapazes de dar conta da tarefa. A criação de um novo paradigma legal não é aplicável automaticamente se é necessário um alto investimento em formação de quadros ou construção de instalações.

O ideal seria que as três condições ocorressem ao mesmo tempo. Não sendo o caso, a existência concomitante de duas das três poderia ser capaz de prover a terceira⁷.

A pergunta que se deixa para essa reflexão é o que leva a essa inconsistência das políticas públicas para o afastamento efetivo das situações de risco e vulnerabilidade social? E o mais importante, quanto tempo mais terá que passar para essa realidade modificar e os sujeitos de direitos terem segurança na garantia de um desenvolvimento regular e saudável? A história nos traz fatos de muitas e constantes lutas, porém avanços ainda tímidos diante da avassaladora realidade social desigual do nosso país. Aliás, este deve ser o móvel para que governantes se proponham a desenvolver políticas permanentes de Estado para crianças e adolescentes, pois o desamparo, ameaças e violações de direitos deixam marcas muitas vezes insuperáveis em suas vidas.

3. A PRECARIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM TEMPO DE CRISE E A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO DE FORMA PRIORITÁRIA

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou estado de pandemia mundial da Covid-19, doença transmitida pelo novo coronavírus, que impôs a mudança da rotina diária das pessoas nos diversos continentes, com orientação de isolamento social para prevenção da contaminação comunitária, especialmente dos cidadãos incluídos no grupo de risco (idosos e portadores de comorbidade), resultou em inúmeras perdas de vidas e trouxe uma grande sobrecarga emocional.

Não à toa contamos com a divulgação de recomendações para esse período voltadas ao público mais vulnerável, a exemplo do documento de 25 de março de 2020 que contém “Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do Covid-19”, reconhecendo “que ações urgentes de enfrentamento à pandemia da Covid-19 no Brasil, com adequada disponibilidade de orçamento, políticas e serviços são essenciais para a garantia da absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes.”⁸

A crise pandêmica reforçou a importância da existência de políticas públicas de Estado (ações voltadas à promoção e proteção de direitos) e evidenciou a fragilidade de políticas voltadas aos mais vulneráveis, com destaque às crianças e aos adolescentes.



A desigualdade social que assola grande parte da população no Brasil trouxe à tona uma série de ameaças ou violações de direitos do público infantojuvenil.

O isolamento social e o confinamento domiciliar, necessários na prevenção à disseminação do novo coronavírus, fez com que crianças e adolescentes tivessem direitos fundamentais como saúde, educação e assistência social precarizados, configurando situações de vulnerabilidade e porque não dizer negação do princípio da prioridade absoluta.

Podemos exemplificar a perda da fonte de renda de muitas famílias brasileiras, que atuavam no trabalho informal ou realizavam o pequeno empreendedorismo, o que refletiu nas crianças e adolescentes de diversas formas, como com o estresse no ambiente familiar e maior suscetibilidade à violência doméstica e a redução do poder aquisitivo para o atendimento de necessidades básicas.

A suspensão das aulas e o isolamento dos familiares nos sinalizaram outras situações de risco e vulnerabilidade, como os casos de violência física, psicológica ou sexual contra crianças e adolescentes. Segundo a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, houve redução de denúncias (subnotificação quando comparado com o mesmo mês de abril de 2019)⁹, porém, é sabido que esse tipo de violência é praticado em larga escala por abusadores próximos às crianças, revelando ser o público mais vulnerável, pois indefeso. Os mesmos veículos de denúncia e proteção antes da pandemia continuaram sendo disponibilizados, porém, a capilaridade de autores de denúncia (escola, igreja, vizinhos) foi reduzida drasticamente, causando retardo ou até mesmo inaplicabilidade de medidas de proteção.

Outro ponto a ser lembrado: muitas crianças e adolescentes possuíam a merenda escolar como principal refeição durante o dia, o que ficou incerto durante a pandemia, causando insegurança e vulnerabilidade.

Ainda sobre a suspensão das atividades escolares, a opção por aulas *on line* também realçou a desigualdade social quanto à falta de ferramentas (computador, *tablet*, acesso regular a dados de internet) facilitadoras da modalidade de ensino distanciado, restringindo o direito fundamental à educação de crianças e adolescentes.

O transporte público atingido pelas normas de prevenção e contenção do novo coronavírus que limitou, durante o período mais restritivo da pandemia, a única forma de transporte para acesso a estabelecimentos de saúde por essas famílias e seus filhos e filhas.

Não nos esqueçamos das crianças e dos adolescentes abrigados em entidades de acolhimento cuja rotina foi atingida, o que influencia diretamente no andamento das demandas e celeridade na solução de situação eminentemente provisória e excepcional como deve ser a do acolhimento institucional.

No caso das entidades de cumprimento de medidas socioeducativas podemos destacar a fragilização de garantias com a suspensão das visitas familiares e da escolarização, além da restrição de atividades e profissionalização, o que praticamente anula a finalidade sociopedagógica de tais medidas, indo de encontro ao espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e reduzindo a medida socioeducativa a mero encarceramento e punitivismo



estatal, quando um dos seus objetivos é “a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento” (art. 1º, §2º, II, da Lei nº 12.594/2012, Sinase).

É uma dura realidade que os espaços institucionalizados de cumprimento de medida socioeducativa e de acolhimento reflitam as desigualdades sociais e o alcance limitado de políticas públicas de base à grande população e aos mais vulneráveis, especialmente, crianças e adolescentes.

A crise da pandemia nos mostrou como ambientes voltados ao atendimento prioritário de adolescentes, ainda que de responsabilização por atos conflitantes com a lei, podem implicar em restrição de direitos, a exemplo daqueles dispostos no art. 49 e seguintes da Lei do Sinase, em total descompasso com os 30 anos do ECA, tempo suficiente que deveria representar uma base sólida e intransigente para a garantia de direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem, com prioridade absoluta.

Breves considerações que nos fazem questionar se as políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes são prioritárias, abrangentes e eficazes de verdade, ou ainda, se o são durante situações de crise em que o público infantojuvenil fica mais vulnerável.

Pois bem, ainda que não se tenha uma resposta exata a tal questionamento, sabemos que a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas integra a prioridade absoluta prevista no art. 4º, parágrafo único, *c*, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda, o art. 7º cita a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas. Logo, as ações estatais ao lado da sociedade civil organizada e da família são o alicerce para que se alcance a proteção integral do público infantojuvenil e o atendimento digno de suas necessidades.

Por sua vez, a Defensoria Pública é integrante do Sistema de Garantia de Direitos e como tal não queda silente frente aos desafios que envolvem desde a sua própria estruturação (aparelhamento, reforço de pessoal: necessidade do aumento de quantitativo de membros¹⁰, servidores e existência de um maior número de técnicos psicossociais no quadro) até a luta pela efetivação de direitos das crianças e adolescentes.

Como bem referido por BISSOCHI (2009, p. 81-83):

Na realidade, o papel da Defensoria Pública vai muito além do que se percebe da interpretação literal dos dispositivos constitucionais. A Defensoria Pública é, por vocação constitucional, **instituição que se presta a buscar a realização da dignidade da pessoa humana e de grande parte dos demais que lhe são correlatos**. É pacífico que o “não exercício” dos direitos fundamentais deve-se, em grande parte, à carência financeira da população brasileira. Fragilidade econômica que leva ao analfabetismo, a condições precárias de saúde, ao subemprego, à violência, à falta de moradia, à marginalidade social e especialmente à total e completa alienação quanto a seus próprios direitos, que culmina, inevitavelmente na ausência de dignidade. (...) Se a hipossuficiência é um dos maiores, se não o maior problema da sociedade brasileira, representando um grande entrave à eficácia social dos direitos fundamentais e **a Defensoria Pública foi criada especialmente para garantir integralmente os direitos desta parcela da**



população, impossível não concluir pela essencialidade desta instituição à realização da cidadania plena. (grifo nosso)

Diante da doutrina da proteção integral, em sendo a prioridade absoluta princípio basilar quando o assunto é criança e adolescente, a Defensoria Pública não deixa o tempo passar e vem cumprindo a sua missão institucional em cada situação de vulnerabilidade e de risco que bate à sua porta, apesar das dificuldades, realidade que também vai de encontro ao preceito constitucional que a elevou ao patamar de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.¹¹

A atuação institucional se aplica seja na defesa judicial de direitos, na forma dos artigos 208 e seguintes do ECA, seja na forma extrajudicial, através de recomendações, atos de conciliação, educação em direitos, preferencialmente, com o apoio da abordagem interdisciplinar, primordial para o enriquecimento da discussão, da elaboração e implementação de políticas públicas para crianças e adolescentes que garantam a sua proteção integral de forma prioritária e permanente, inclusive em períodos de crise como o da pandemia mundial. Nesse sentido, podemos destacar algumas situações de decisões judiciais como reflexo de que a Defensoria Pública não parou. Pelo contrário, busca de forma incessante estar ao lado dos mais vulneráveis e reivindicar a efetivação da prioridade absoluta no atendimento às suas diversas necessidades (direito fundamental à moradia de famílias inteiras, direito à alimentação, direito à convivência comunitária e familiar, dentre outros). Vejamos:

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro entrou com o pedido para garantir refeições a todos os alunos da rede pública enquanto durar a suspensão das aulas. O juízo de primeira instância indeferiu o pedido, mas um desembargador do TJ-RJ, ao analisar o caso, deferiu a liminar para determinar o fornecimento da merenda escolar.¹²

O juiz acatou o pedido liminar e suspendeu, temporariamente, qualquer tipo de desocupação na área objeto do litígio.

A Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), por meio do Núcleo de Assistência Jurídica de Defesa dos Direitos Humanos, ajuizou Ação Civil Pública (ACP), com pedido de tutela de urgência com o objetivo de impedir novas remoções e desocupações na Chácara Buritizinho, localizada em Sobradinho II, durante a pandemia.

A Defensoria alega que a remoção poderia desabrigar, novamente, várias famílias que se encontram em situação de grave vulnerabilidade social, em um período de crise sanitária no Distrito Federal.

Na ação, a DPDF explica que chegou ao seu conhecimento que dezenas de famílias residentes foram removidas da área, onde estavam habitando desde 2019.

Diante ausência de auxílios socioassistenciais e de alternativas habitacionais, 10 famílias, com 17 crianças e dois idosos, retornaram para a área desocupada.

Os defensores públicos, atuantes no caso, Clélia Brito Silveira e Ronan Ferreira Figueiredo, argumentam que os atos mencionados poderiam ocasionar em aglomeração e exposição de pessoas que fazem parte do grupo de risco de COVID-19.

Como as famílias não sabem para onde ir e como sobreviverem a um novo desabrigamento, a Defensoria não enxergou outra alternativa, senão o ajuizamento da ação para impedir a promoção de uma nova desocupação na denominada “Chácara Buritizinho” durante o período de pandemia ou, subsidiariamente, para a efetivação de meios concretos de subsistência e dignidade para os desalojados.



Na fundamentação do pedido, foi frisado que o direito à moradia, estabelecido como direito social na Constituição Federal, assim como os demais direitos fundamentais, está umbilicalmente relacionado à preservação de dignidade da pessoa humana, fundamento da República, conforme inciso III, do artigo 1º, da Carta Magna.¹³

A Defensoria Pública do Pará, por meio do Grupo de Trabalho de Regularização Fundiária e Direito à Moradia (GTRFDM) garantiu na justiça hoje, 20 de março, a suspensão da reintegração de posse das 471 famílias que seriam despejadas do Residencial Viver Melhor, em Marituba, região metropolitana de Belém. O pedido foi feito em caráter de urgência, já que a reintegração estava agendada entre os dias 23 e 27 de março e o despejo forçado, dos moradores que ainda estivessem no local, entre 30/03 e 04 de abril.

Este é o primeiro caso no Brasil em que a justiça suspende a reintegração de posse ou despejo forçado, levando em consideração a pandemia causada pelo novo coronavírus. No pedido, a Defensoria paraense ressalta que “trata-se de medida irrazoável e desproporcional (desumana, pode-se dizer com tranquilidade), e gera, inversamente, riscos de danos graves, permanentes e irreparáveis a toda a coletividade.”

A suspensão foi determinada pelo juízo da 2ª vara Cível de Marituba, e atende ao pedido da Defensoria Pública nos autos do processo 0800330-25.2019.8.0133.

O próprio GT de Regularização Fundiária e Direito à Moradia já havia solicitado à presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), na última quarta-feira, 18 de março, a suspensão das reintegrações de posse e desocupações forçadas de coletividades em áreas urbanas e rurais, visando proteger a saúde pública e o bem-estar social em meio a pandemia do Covid-19 (Coronavírus).¹⁴

Defensoria Pública solicita e Justiça determina fornecimento de alimentação a todos os alunos da rede pública estadual durante pandemia

Após atuação da Defensoria Pública de Mato Grosso, por meio de ação civil pública (ACP) impetrada pelos Grupos de Atuação Estratégica de Direitos Coletivos (Gaedics) de Educação e Saúde Pública, a juíza Gleide Bispo Santos, da Primeira Vara Especializada de Infância e Juventude de Cuiabá, determinou nesta quinta-feira (25) que o Governo do Estado forneça imediatamente alimentação aos alunos da rede pública estadual durante o período de suspensão das aulas, por conta da pandemia de Covid-19, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil.

“A importância da liminar é que estendeu a todas as crianças, vinculadas à rede pública de ensino estadual, o direito de receber cestas básicas, em substituição às merendas escolares, durante o período de pandemia, não limitando esse direito apenas às crianças e adolescentes cujas famílias sejam beneficiárias do Bolsa Família”, afirmou o defensor público Leandro Torrano, um dos signatários da ação.

Segundo a ACP, as crianças e adolescentes na rede pública de ensino encontram-se em situação de vulnerabilidade e seus direitos, previstos na Constituição Federal (CF/88) e na legislação infraconstitucional, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), devem ser garantidos.

Na decisão, a magistrada também deliberou que, havendo suspensão do transporte coletivo, ou na impossibilidade dos pais ou responsáveis retirarem os itens, deverá ser viabilizada a distribuição na residência do estudante, ou em locais próximos, ou ainda mediante fornecimento de vale-alimentação, sem prejuízo de outras estratégias legais a serem implementadas pelo Poder Executivo.¹⁵



Defensoria obtém liminares favoráveis ao direito de visitas virtuais durante a pandemia

A Defensoria Pública do Estado do Piauí obteve pareceres favoráveis para que assistidos tenham o direito a visitas virtuais à familiares durante o período pandêmico, ocasionado pelos riscos da Covid-19. Em um dos casos a Instituição obteve o parecer para que uma mãe, há 5 meses sem contato com o filho menor, tenha o direito de realizar visitas virtuais a este. O outro caso é referente a visita virtual de filha em relação à genitora, interdita e sob os cuidados de seu companheiro. As iniciativas foram, respectivamente, dos Defensores Públicos Andrea Melo de Carvalho, titular da 1ª Defensoria Pública de Família e João Castelo Branco Vasconcelos Neto, titular da 3ª Defensoria Pública de Família.

Ao dar entrada na petição em favor da assistida M. R. F. da S., a Defensora Pública Andrea Melo destacou que embora o menor ficasse sob guarda do pai, a mãe sempre teve direito a visitas devido ao fato de manter uma convivência pacífica com o ex-companheiro, contudo tendo este iniciado um novo relacionamento os direitos de acesso ao filho lhe foram negados, estando a mesma há 5 meses sem nenhum contato com a criança, distanciamento ainda mais agravado devido ao isolamento social imposto pelo atual estado pandêmico. Relatou ainda a Defensora que mesmo os contatos virtuais, ou por ligação telefônica, haviam sido suprimidos entre mãe e filho.

Solicitou a Defensoria que fosse reconsiderado o despacho inicial da Juíza da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Teresina, sobre a apreciação do pedido de concessão de tutela provisória de urgência somente após a efetivação do contraditório, com a apresentação de defesa do requerido, bem como da realização de estudo psicossocial, destacando que no atual período pandêmico as diligências dos Oficiais de Justiça só estão sendo realizada em atividades jurisdicionais de urgência, o que não se enquadra no caso, assim como que os estudos psicossociais estão totalmente suspensos e sem data para retorno, o que traria consideráveis prejuízos às relações familiares, afetando principalmente a criança.

Requeru então a Defensoria Pública que fosse apreciado o pedido de tutela provisória de urgência de regulamentação do direito de visitas, antes mesmo da apresentação de contestação e do estudo social, ou ainda a concessão de direito de visitas virtuais, por meio de ligações telefônicas e de videochamadas, sendo nesse caso intimado o genitor para que seja determinado os dias das ligações, a duração das mesmas para contato telefônico por ele fornecido.

Em seu despacho a Juíza da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Teresina destacou o atual contexto, no qual o isolamento social se constitui no melhor meio de prevenção à Covid-19, decidindo por determinar a concessão do direito de visitas virtuais, através de ligações telefônicas e chamadas de vídeo, devendo o genitor disponibilizar o número do telefone que será usado para tal finalidade.¹⁶

CONCLUSÃO

A passagem do tempo nos leva à reflexão. Passados 30 anos de história do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se pretendeu aqui esgotar o tema políticas públicas, prioridade absoluta e Defensoria Pública, pois seria impraticável, mas fazer uma rápida análise sobre os inúmeros desafios que permanecem até os dias atuais na efetivação de direitos para as crianças e adolescentes, especialmente em tempo de pandemia mundial, e a importância do papel institucional na luta pela implementação prioritária de ações públicas.



A importância de políticas públicas prioritárias e permanentes é inegável quando se fala na garantia de direitos da criança, do adolescente e do jovem. Não se garante proteção integral sem organização, planejamento, ações afirmativas e efetivas na mudança de projeção de vida dessas crianças.

Por isso a Defensoria Pública, como integrante do Sistema de Garantia de Direitos, integrante da rede de proteção que engloba família, sociedade e poder público, é conhecedora do seu papel de transformação social e continua com sua atuação voltada ao melhor interesse das crianças e adolescentes para um atendimento prioritário e impulsionando a concretização de políticas sociais públicas, ainda que em tempo de crise.

Referências bibliográficas

ABMP. **Justiça Juvenil sob o Marco da Proteção Integral**, Volume único, São Paulo, 2008.

BISSOCHI, Barbara Silveira. A Defensoria Pública como Instrumento Essencial à Cidadania Substancial. In.: **VIII Congresso Nacional dos Defensores Públicos**. Livro de teses e práticas exitosas: passaporte essencial à cidadania. Porto Alegre, 2009.

BOWEN, Elen Cristina Rocha Fonseca. **A aplicabilidade do Princípio da Prioridade Absoluta sob a ótica da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/a-aplicabilidade-do-principio-da-prioridade-absoluta-sob-a-otica-da-lei-de-responsabilidade-fiscal/> . Acesso em 04 de agosto de 2020.

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

_____ Lei Federal nº 8069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13 de Julho de 1990.

_____ Resolução nº 113 (CONANDA), de 19 de Abril de 2006.

CONANDA. **Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do Covid-19**. Disponível em: file:///F:/VARIADOS/Texto%20Defensoria%20P%C3%BAblica/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf . Acesso em 12 de agosto de 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ. **Defensoria obtém liminares favoráveis ao direito de visitas virtuais durante a pandemia**. Disponível em: <http://www.defensoria.pi.def.br/defensoria-obtem-liminares-favoraveis-ao-direito-de-visitas-virtuais-durante-a-pandemia/> . Acesso em 12 de agosto de 2020.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Políticas públicas para a infância no Brasil– análise do processo de implementação de um novo modelo**. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/142451/000993298.pdf?sequence=1> . Acesso em 11 de agosto de 2020.

GUIMARÃES, Alexandre. **Defensoria Pública solicita e Justiça determina fornecimento de alimentação a todos os alunos da rede pública estadual durante pandemia**. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/-/14772832-defensoria-publica-solicita-e-justica-determina-fornecimento-de-alimentacao-a-todos-os-alunos-da-rede-publica-estadual-durante-pandemia> . Acesso em 13 de agosto de 2020.

KARPOV. Kleber. **Em Sobradinho, Defensoria Pública obtém decisão que impede despejo de famílias durante a pandemia**. Disponível em:



<https://www.politicadistrital.com.br/2020/07/21/em-sobradinho-defensoria-publica-obtem-decisao-que-impede-despejo-de-familias-durante-a-pandemia/>. Acesso em 13 de agosto de 2020.

KLINGER, Gerlando. **GT de Regularização Fundiária garante suspensão de reintegração de posse em Marituba.** Disponível em: http://www2.defensoria.pa.def.br/portal/noticia.aspx?NOT_ID=4198 . Acesso em 12 de agosto de 2020.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Covid-19: painel expõe dados de violações a direitos de crianças e adolescentes.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/covid-19-painel-expoe-dados-de-violacoes-a-direitos-de-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. **Por um sistema de promoção e proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes.** In Revista Quadrimestral de Serviço Social. Ano XXVI – nº 83. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069/1990. Comentado artigo por artigo.** 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVISTA Consultor Jurídico. **STJ: competência para julgar fornecimento de merenda durante epidemia é do STF.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-29/stj-competencia-julgar-fornecimento-merenda-durante-epidemia-stf>. Acesso em 14 de agosto de 2020.

¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

² A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

³ Declaração de Genebra, 1924; Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, 1989 (que é posterior a nossa Constituição).

⁴<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/a-aplicabilidade-do-principio-da-prioridade-absoluta-sob-a-otica-da-lei-de-responsabilidade-fiscal/>

⁵ São muitas decisões, em todas as instâncias, tanto na área da apuração de ato infracional, quanto na área protetiva.

⁶ **Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

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

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁷ <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/142451/000993298.pdf?sequence=1>

⁸file:///F:/VARIADOS/Texto%20Defensoria%20P%C3%BAblica/recomendacoes_conanda_covid19_250_32020.pdf

⁹ <https://www.cnj.jus.br/covid-19-painel-expoe-dados-de-violacoes-a-direitos-de-criancas-e-adolescentes/>

¹⁰ Não podemos olvidar que a emenda constitucional nº 80/2014 reforçou a necessidade de fortalecimento e democratização da Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional,



estabelecendo como meta a existência de Defensores(as) Públicos(as) em todas as Comarcas no prazo de 8 anos que encerra em 2022.

¹¹ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal .

¹² <https://www.conjur.com.br/2020-mai-29/stj-competencia-julgar-fornecimento-merenda-durante-epidemia-stf>

¹³ <https://www.politicadistrital.com.br/2020/07/21/em-sobradinho-defensoria-publica-obtem-decisao-que-impede-despejo-de-familias-durante-a-pandemia/>

¹⁴ http://www2.defensoria.pa.def.br/portal/noticia.aspx?NOT_ID=4198

¹⁵ <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/-/14772832-defensoria-publica-solicita-e-justica-determina-fornecimento-de-alimentacao-a-todos-os-alunos-da-rede-publica-estadual-durante-pandemia>

¹⁶ <http://www.defensoria.pi.def.br/defensoria-obtem-liminares-favoraveis-ao-direito-de-visitas-virtuais-durante-a-pandemia/>



Parâmetros para a atuação institucional da Defensoria Pública em políticas públicas a partir da problemática de crianças e adolescentes em situação de rua

Parameters for the institutional performance of the Public Defender's Office in public policies based on the problem of children in street situations

Bruno César da Silva

Defensor Público e membro do Núcleo Especializado de Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Professor do curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).
bcsilva@defensoria.sp.def.br

Danielle Zoega Rosim

Voluntária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).
dzrosim@gmail.com

Maurício Buosi Lemes

Voluntário da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).
mauriciobuosilemes@gmail.com

Resumo

No presente artigo, relatamos a experiência de um projeto coordenado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em Ribeirão Preto cujos objetivos consistiram em diagnosticar as necessidades da rede local no tocante ao atendimento de crianças e adolescente em situação de rua e, com base nesse diagnóstico, apontar medidas para a estruturação dos serviços. A partir de tal relato, buscamos extrair aprendizados e oferecer alguns parâmetros para a atuação institucional da Defensoria Pública e de outros atores do sistema de justiça em processos de produção de políticas públicas, refletindo acerca das potencialidades e dos desafios desse perfil de atuação.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Políticas públicas. Crianças e adolescentes em situação de rua.

Abstract

In this article, we report the experience of a project coordinated by the Public Defender's Office of the State of São Paulo in Ribeirão Preto whose objectives were to diagnose the needs of the local network of care to children in street situations and, based on this diagnosis, to point out measures for structuring the services. From the experience, we seek to extract learning and to offer some parameters for the institutional action of the Public Defender and other actors of the justice system in the process of production of public policies, reflecting the potentialities and challenges of this area.

Keywords: *Public Defender's Office. Public policies. Children in street situations.*



1 Crianças e adolescentes em situação de rua, acesso à justiça e política institucional da Defensoria Pública: algumas considerações

A Defensoria Pública é uma instituição do sistema de justiça relevante nas políticas públicas de acesso à justiça voltadas à implementação dos direitos da criança e do adolescente. Desenhada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tem como atribuições, enquanto expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judiciais e extrajudiciais, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, das pessoas necessitadas e em situação de vulnerabilidade social (BRASIL, 1988).

Desde a promulgação da CF/88, o Brasil tem sido palco de intensa experimentação institucional relacionada aos controles democráticos da Administração Pública e a novas formas de acesso à justiça, o que tem aumentado a influência exercida pelos atores do sistema de justiça sobre a forma e o conteúdo das políticas públicas elaboradas e implementadas pelos governantes. No caso da Defensoria Pública, a tarefa de assistência jurídica às pessoas necessitadas tem implicado em inúmeras oportunidades de atuação, que podem ser traduzidas em políticas públicas levadas a cabo pela instituição, tornando-a um ator provocador de *accountability* do sistema político, seja pelo exercício da defesa de sujeitos que cobram medidas efetivas do Estado, seja pelo ajuizamento de ações coletivas contra o Poder Público (ARANTES e MOREIRA, 2019).

Cunha e Feferbaum (2014), ao recuperarem o debate em torno do modelo de assistência jurídica adotado a partir da CF/88, sugerem uma concepção de Defensoria Pública em que os defensores assumam um papel de produtores de políticas públicas na área da justiça, em parceria com os Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de promover de forma estratégica casos que possam gerar maior repercussão pela forma como se dá o exercício da cidadania e a defesa de direitos. Tal modelo só será possível por meio da capacitação dos servidores, do envolvimento e do apoio da sociedade civil e da repetição de práticas exitosas.

Nessa perspectiva, Moreira (2019) argumenta que o contato mais estreito com a Administração Pública e com outros atores instrui a Defensoria Pública sobre o funcionamento do Estado e as estratégias políticas em andamento. Além disso, a Defensoria também pode assumir um papel informacional relevante, já que, por ser um dos principais veículos de demandas judiciais, pode informar o Poder Público e auxiliar na formulação de soluções de longo prazo. Ao fortalecer o contato com os responsáveis pela política pública, a Defensoria pode canalizar as demandas para que, em conjunto com outros atores, seja possível construir soluções políticas para problemas complexos, deixando a tentativa de imposição judicial como plano alternativo ou emergencial. Atuando desse modo, a Defensoria se aproxima da concepção sugerida por Cunha e Feferbaum (2014), que vislumbram no órgão a função de produtor de políticas públicas na área da justiça, operando em parceria com outras instituições e atores.

A Lei Complementar Estadual nº 988/2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), afirma como suas atribuições institucionais a promoção da tutela individual e coletiva dos interesses e dos direitos da criança e do adolescente, além da contribuição na elaboração, no planejamento e na proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais (BRASIL, 2006).



Do ponto de vista da construção das políticas institucionais e da gestão participativa, a Lei também prevê, como direito das pessoas que buscam atendimento, a participação na definição das diretrizes institucionais, no acompanhamento e na fiscalização das ações e dos projetos desenvolvidos pela instituição (BRASIL, 2006).

Para operacionalizar tal direito, a DPESP realiza os Ciclos de Conferências, a cada dois anos e em três etapas: 1) as Pré-Conferências Regionais, em que a sociedade civil local apresenta, discute e aprova propostas, em variados eixos temáticos, de acordo com a realidade regional, e elege delegados(as), que sustentarão as propostas eleitas na etapa estadual; 2) a Conferência Estadual, em que os(as) delegados(as) eleitos(as) na etapa regional reúnem-se para discutir e aprovar quais propostas, nos diferentes eixos temáticos, irão formar as diretrizes do Plano de Atuação Institucional; 3) as Reuniões de Monitoramento, nas quais se discute, juntamente com os(as) delegados(as) regionais, o modo como a instituição encaminhou as propostas aprovadas nos Ciclos de Conferências e presentes no Plano.

Apesar da resistência corporativa interna à carreira, esse projeto institucional de DPESP, que expressa uma tentativa de abrir a instituição para a participação e o controle social, caso se consolide, pode ser um caminho para transformar a DPESP em um elo institucional que conecta setores sociais vulneráveis, sistema de justiça e administração pública (MOREIRA, 2019).

Dentre os âmbitos sensíveis de atuação institucional da Defensoria Pública está a área da Infância e Juventude, da qual este relato se aproxima. O texto constitucional de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069/1990) explicitam o dever da família, da sociedade e do Estado em 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 desses, há o dever de combater todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão ainda persistentes na sociedade brasileira contra as crianças e adolescentes (BRASIL, 1988; 1990).

Rizzini e Couto (2019), ao analisarem alguns dos fatores que levam crianças e adolescentes à situação de rua, destacam a invisibilidade de tais sujeitos dentro de suas famílias e comunidades, o enfraquecimento dos vínculos familiares e comunitários, a proteção inadequada do Estado, a ausência da escola, o trabalho infantil, o envolvimento com o tráfico de drogas, a exploração sexual e a violência, que tornam tais sujeitos um grupo bastante heterogêneo e particularmente suscetível às violações de direitos.

Embora estejamos diante de uma questão social complexa e delicada que demanda serviços, programas e ações eficazes, ainda existe uma grande invisibilidade pública e política relacionada a este segmento. Apesar da previsão da responsabilidade do Estado sobre tal população estar estabelecida em uma série de instrumentos legais e planos governamentais, os direitos da criança e do adolescente em situação de rua carecem de implementação, aprimoramento e monitoramento (RIZZINI e COUTO, 2019)

Nesse texto, relatamos a experiência de elaboração e de execução de um projeto coordenado pela DPESP em Ribeirão Preto, numa linha de atuação estratégica em políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua, tema aprovado pela sociedade civil local



em Pré-Conferência Regional. Os objetivos consistiram em diagnosticar as necessidades da rede local no tocante ao atendimento dessa população e, com base nesse diagnóstico, apontar medidas para a estruturação dos serviços.

A partir de tal relato, evidenciamos aprendizados e oferecemos alguns parâmetros para a atuação institucional da Defensoria Pública e de outros atores do sistema de justiça em processos de produção de políticas públicas, refletindo acerca das potencialidades e dos desafios desse perfil de atuação.

2 Aspectos metodológicos

Em termos metodológicos, procuramos utilizar a técnica de sistematização de experiências, reconstruindo e ordenando os elementos do processo de elaboração e de execução do projeto, compreendendo e interpretando seus fatores e suas causas, e extraíndo aprendizados e lições dessa prática. Assim, analisar a lógica desse processo supõe um esforço de teorização da experiência, através da construção de categorias teóricas que possibilitem o entendimento empírico de nossas práticas, e a extração de conclusões que iluminem e inspirem práticas futuras (HOLLIDAY, 2006).

Nesse sentido, esperamos que essa sistematização possibilite uma compreensão mais profunda e crítica da experiência narrada, com a finalidade de melhorar e de aperfeiçoar nossa própria ação; um compartilhamento dos ensinamentos adquiridos com outras pessoas, instituições ou grupos que fazem ou buscam fazer práticas semelhantes; e um enriquecimento da reflexão teórica a partir do conhecimento que surge da vivência concreta (HOLLIDAY, 2006).

3 Contextualização do projeto

Na ocasião da Pré-Conferência Regional de Ribeirão Preto da DPESP, em agosto de 2017, a sociedade civil local reunida no Grupo Temático “Infância e Juventude”, após debates com defensores públicos, elegeu como prioridade de atuação da instituição no município nos anos seguintes a temática de crianças e adolescentes em situação de rua, população invisível às políticas cotidianas tradicionais e que vivencia múltiplas formas de vulnerabilidade e de violação a direitos.

Escolhida a prioridade, foi instaurado um Procedimento Administrativo Coletivo que se iniciou com a abertura de Edital para seleção de pessoas interessadas em realizar serviço voluntário junto à DPESP, bem como a elaboração do Plano de Ação do projeto. A seleção de pessoas voluntárias buscou: i) incentivar a participação da sociedade na atuação cotidiana da DPESP em Ribeirão Preto na área da Infância e Juventude; e ii) fortalecer e aprimorar a capacidade operativa da instituição na referida temática.

Por sua vez, o Plano de Ação elaborado para o projeto trouxe o objetivo de diagnosticar as necessidades da rede local no tocante ao atendimento de crianças e adolescente em situação de rua e, com base nesse diagnóstico, apontar medidas para estruturação dos serviços. Partimos da premissa da necessidade de incluir o tema na agenda pública, avançando nas discussões a fim de se chegar a ações práticas no campo das políticas públicas. Entendemos que é um desafio a implicação dos profissionais de diversos níveis da gestão pública, seja o profissional da ponta da



rede de atendimento que necessita atender esta criança ou adolescente, seja o gestor das políticas públicas municipais que precisa estruturar a sua rede de atendimento para tanto, por meio da criação ou do aprimoramento de políticas públicas. A especificidade do tema, bem como a carência de serviços específicos, também surgem como desafios importantes.

Entre os atores da rede local de proteção, há uma forte demanda por políticas públicas voltadas a este público específico de crianças e adolescentes, em diferentes eixos temáticos, incluindo educação, assistência social, saúde, esporte/lazer, e convivência familiar e comunitária. A ideia central do Plano, portanto, consistiu em tentar responder a duas demandas, quais sejam: a) dar visibilidade às crianças e adolescentes em situação de rua e à necessidade de políticas públicas específicas, e b) qualificar e/ou criar políticas públicas que atendam, no município de Ribeirão Preto, a demanda específica de crianças e adolescentes em situação de rua.

Para tanto, delimitamos os seguintes objetivos específicos: a) Levantamento e estudo das normas nacionais e internacionais sobre políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua, incluindo as portarias do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA); b) Levantamento e análise das experiências exitosas de outros municípios na implementação de redes locais de proteção que atendam às peculiaridades deste público; c) Análise das políticas públicas já existentes no município de Ribeirão Preto para atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua; d) Realização de um seminário temático em Ribeirão Preto para discussão das peculiaridades e das necessidades de uma rede de proteção que busque atender de maneira adequada crianças e adolescentes em situação de rua em seus mais diversos aspectos (saúde, educação, convivência familiar e comunitária etc); e) Realização de uma audiência pública em Ribeirão Preto para apresentação dos dados coletados e das análises realizadas nas etapas anteriores, e para escuta da sociedade civil e da rede de proteção sobre as dificuldades no atendimento a este público; f) Com base em todas as informações colhidas, verificação da necessidade e da conveniência de se firmar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou propor uma Ação Civil Pública (ACP) em face do município.

4 Do projeto à prática: a execução das fases do Plano de Ação

Elaborado o Plano de Ação e selecionadas as pessoas voluntárias, iniciamos a execução do planejado, da forma exposta nos subtópicos abaixo.

4.1 O levantamento dos marcos normativos e das experiências exitosas direcionados às crianças e adolescentes em situação de rua

A primeira etapa do trabalho consistiu no levantamento dos marcos conceituais e das principais normas nacionais e internacionais que dizem respeito à proteção desse grupo social. Além disso, foram estudadas algumas experiências exitosas de políticas públicas dedicadas a crianças e adolescentes em situação de rua implementadas no país.



Em relação ao levantamento dos marcos normativos, à época foram analisados os documentos mais recentes dedicados especificamente ao público alvo do projeto, quais sejam: i) as Diretrizes Nacionais para o Atendimento a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua, da qual fazem parte a Recomendação nº 011/2016 e a Nota Técnica Conjunta nº 001/2016, do Ministério da Saúde e do Ministério do Desenvolvimento Social; a Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 1/2016; a Resolução nº 187/2017; a Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 1/2017; e a proposta de criação de centro de referência especializado para população em situação de rua – crianças e adolescentes; ii) Comentário geral nº 21 (2017) sobre crianças¹ em situações de rua (Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas - ONU); iii) Lei Estadual nº 16.544, de 06 de outubro de 2017².

Com a leitura desses marcos normativos foi possível observar alguns “temas-chave” relevantes no contexto das políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes em situação de rua e que permitiram um diálogo entre os documentos analisados. Dentre tais “temas-chave”, destacamos as seguintes categorias: produção de dados qualitativos e quantitativos; acolhimento institucional/família substituída/transição para a vida autônoma/outras formas de cuidado; orientações metodológicas para o atendimento das crianças e adolescentes em situação de rua e a formação daqueles que lidam com esse público; criação de centro de referência especializado para população em situação de rua; normas sobre monitoramento e avaliação das políticas públicas voltadas a esse público; o direito à educação e recreação; a obtenção de documentos pessoais e o acesso a direitos; assistência aos pais e outros responsáveis pela criança/adolescente; crianças e adolescentes com deficiência em situação de rua; uso de drogas; combate ao trabalho infantil; ação em rede, por meio da articulação de todos os atores do sistema de garantia de direitos a crianças e adolescentes; canais de comunicação para as crianças e adolescentes em situação de rua; descentralização para os Municípios da política destinada às crianças e adolescentes em situação de rua; recursos orçamentários; adequação legislativa da política, bem como o acesso à justiça e aos recursos jurídicos; e, por fim, uma categoria para previsões que não se inseriam nas anteriores.

No que toca às experiências exitosas de elaboração e implementação de políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua, durante o estudo destacou-se o município do Rio de Janeiro (RJ), cuja política foi desenvolvida com participação ativa do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA-Rio), no desempenho de sua atribuição de deliberar sobre políticas públicas. Assim, foi construída “[...] uma das primeiras políticas de atendimento para crianças e adolescentes em situação de rua do país através de um processo de construção coletiva e paritária” (RIZZINI *et al.*, 2011, p. 63).

Por meio do estabelecimento de grupos de trabalho, que estimularam o debate entre o poder público e a sociedade civil, foi pensado todo o processo de construção, implementação, divulgação e monitoramento da política do Rio (RIZZINI *et al.*, 2011, p. 63-64). Além desse processo participativo, na experiência do Rio de Janeiro ganham destaque outros pontos: a atenção e o uso de dados estatísticos sobre a vulnerabilidade das crianças e adolescentes e suas famílias para a construção da política, bem como o desenvolvimento de um Fluxograma de Atendimento à Criança e Adolescente em Situação de Rua, que abrange “[...] desde as ações de acolhimento nas ruas ou encaminhamentos pelos diferenciados serviços (Conselho Tutelar,



Juizado, Delegacia Policial, Hospitais etc.) até a reinserção familiar, ou quando esta não é possível, a adoção” (RIZZINI *et al.*, 2011, p. 59).

Essa experiência também possibilitou o conhecimento de alguns desafios que ainda se apresentam: a falta de ações continuadas e as dificuldades de atuação tanto do CMDCA na deliberação de políticas públicas³, como também de atuação integrada da rede de atendimento (RIZZINI *et al.*, 2011, p. 68-75). Vale dizer que não só as conquistas, mas especialmente esses desafios enfrentados pela Política de Atendimento para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua no Rio de Janeiro, contribuíram para a análise do contexto da cidade de Ribeirão Preto.

O embasamento teórico inicial permitiu não só a compreensão do contexto normativo que sustenta e confere força aos direitos das crianças e adolescentes em situação de rua e dos pontos de encontro entre as experiências exitosas analisadas, como também foi a etapa que subsidiou o próximo passo do plano de ação, com a aproximação da realidade do Município de Ribeirão Preto.

4.2 O envio de ofício pela DPESP à Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto - SP e as visitas realizadas

A partir dos estudos realizados na etapa anterior, delinhamos questionamentos a respeito da real situação do Município de Ribeirão Preto no que toca à oferta de serviços à população em questão; à necessidade de realização de censo com dados qualitativos e quantitativos sobre a população em situação de rua; ao acesso das crianças e adolescentes em situação de rua às políticas públicas de cuidado já implementadas no Município; às iniciativas adotadas pelo Município de Ribeirão Preto para oferecer uma educação de qualidade, acessível, gratuita, segura e pertinente para fazer efetivos os direitos das crianças e adolescentes que se encontram em situação de rua; à existência de atividades de recreação, artísticas, culturais e esportivas para esse público; à previsão orçamentária específica voltada a políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua; e à adesão municipal à Política Estadual de Atenção Específica para a População em Situação de Rua.

Esses foram os principais enfoques do ofício elaborado pela DPESP de Ribeirão Preto e enviado no dia 07 de março de 2018 à Prefeitura Municipal. A resposta chegou em 20 de agosto de 2018, sendo marcada pela ausência de informações relevantes e por sua vagueza e generalidade. A falta de cooperação do Poder Público Municipal, já vislumbrada nesta oportunidade inicial, mostrou-se como um dos desafios à atuação extraprocessual e estratégica da DPESP em políticas públicas.

Para viabilizar uma melhor compreensão do cenário municipal, as pessoas voluntárias do projeto realizaram visitas a alguns dos serviços já existentes na cidade, sendo eles a ONG Dona Nair, o Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes em Situação de Vulnerabilidade e Risco Social – SAICA, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, um dos Conselhos Tutelares do Município, e o Centro de Atenção Psicossocial Infantil – CAPS I.

Com tais visitas, foi possível conhecer melhor a realidade vivenciada pelos atores que trabalham direta ou indiretamente com o público em questão. Nesse contato direto com a rede



municipal, foi corrente a ideia de que as crianças e adolescentes atendidas, em sua ampla maioria, não romperam definitivamente com os vínculos familiares. Também foi possível perceber, nos diálogos com os diferentes serviços, a falta de articulação e de comunicação entre eles.

A partir de então, foi necessário trabalhar melhor duas realidades relacionadas com o tipo de vínculo com a rua, traduzidas nas categorias crianças e adolescentes em situação “de rua” e crianças e adolescentes “na rua”, respectivamente “*children of the street*” e “*children on the street*” (RIZZINI; CARVALHO; COUTO, 2017). Suscitamos, assim, o seguinte questionamento: o projeto estaria voltado a uma dentre essas realidades, ou abrangeria ambas?

Entendemos que as crianças e adolescentes que mantêm algum tipo de vínculo familiar, mas permanecem grande parte do dia na rua (crianças e adolescentes “na rua”), também demandam cuidados. A vivência de rua pode ensejar, tanto para as crianças e adolescentes “na rua” quanto para aqueles(as) em situação “de rua” (leia-se, com vínculo familiar totalmente rompido), a prática de trabalho infantil, a hiperexposição às substâncias entorpecentes, a evasão escolar, a violência sexual, e a necessidade de atendimento pela Rede de Assistência que, conforme constatado durante as visitas, padece de carência de recursos, de quantidade insuficiente de profissionais para realizar os atendimentos e de falta de comunicação entre os serviços.

Com vistas a discutir de modo mais aprofundado e pormenorizado essas questões levantadas nas fases iniciais do projeto, compartilhar experiências e incentivar a aproximação entre os(as) agentes da rede, foram realizados um seminário temático e uma audiência pública.

4.3 Os eventos para a discussão da temática: o Seminário e a Audiência Pública

O Seminário “Perspectivas e diálogos sobre políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes em situação de rua”, destinado principalmente para gestores e representantes dos serviços, recebeu o apoio da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (EDEPE) e aconteceu no dia 11 de maio de 2018 na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

Este evento foi um momento de discussão sobre a trajetória, os desafios e as orientações técnicas das políticas públicas voltadas a esse grupo específico, e também uma oportunidade de aproximação dos diferentes atores do sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes no Município. Um aspecto muito presente nas falas dos(as) convidados(as) foi justamente a centralidade da articulação e da atuação em rede das diferentes áreas de conhecimento e dos diversos serviços, como a saúde, a assistência social, a educação, entre outros, para o enfrentamento dessa realidade.

Já anunciada durante o seminário, no dia 29 de junho de 2018 aconteceu a Audiência Pública “Políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP” na Câmara Municipal da cidade, evento que contou com a presença de autoridades e de representantes dos serviços e da sociedade civil. Durante a Audiência, foram discutidas, apresentadas e aprovadas propostas concretas para o enfrentamento da questão no Município.



Dentre tais propostas, foi encaminhada a criação de um Grupo de Trabalho (GT) para atuação nesse campo das políticas públicas. O Grupo foi formado com a participação de representantes de diferentes secretarias e serviços do município, tal como descrito abaixo.

4.4 O Grupo de Trabalho - GT

O GT formou-se com representantes das Secretarias Municipais de Assistência Social, Educação, Saúde, Esporte e Cultura; da Guarda Civil Municipal, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), dos Conselhos Tutelares, do Educandário, dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), da Liberdade Assistida, do Sistema de Justiça e do Núcleo de Atendimento Integrado (NAI).

Durante os encontros mensais, buscamos, em um primeiro momento, conhecer melhor o que cada serviço oferecia de estrutura e de ações voltadas para crianças e adolescentes, de um modo geral. O objetivo era a compreensão, pelos próprios integrantes do GT, sobre os serviços existentes e seu funcionamento, tendo sempre como horizonte a possibilidade de atuação no atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua.

A partir das discussões registradas em atas, bem como das apresentações feitas pelos serviços durante as reuniões, foi elaborado o Relatório Diagnóstico do Projeto, que identificou os serviços existentes, os desafios (questões) e suas justificativas, bem como as possíveis ações de curto, médio e longo prazo a serem adotadas para o enfrentamento dos problemas evidenciados, conforme modelo de quadro a seguir.

Quadro 1 – Diagnóstico dos serviços

| SERVIÇO | | | | |
|---------------------|----------------|-------------|-------------|-------------|
| SERVIÇOS EXISTENTES | | | | |
| QUESTÃO | JUSTIFICATIVAS | AÇÕES | | |
| | | Curto prazo | Médio prazo | Longo prazo |
| | | | | |

Fonte: produção própria.

O diagnóstico foi discutido junto ao GT, o que permitiu a validação e a complementação das ações a serem encaminhadas. Um aspecto que ganhou destaque foi a insuficiência de dados quantitativos e qualitativos sobre o perfil do público a ser atendido no Município. Por isso, as reuniões do GT ensejaram o comprometimento do CMDCA em inserir crianças e adolescentes em situação de rua no próximo Diagnóstico que o Conselho solicitará e financiará sobre a população de crianças e adolescentes em Ribeirão Preto. Esse é um ponto fundamental, visto que a produção de dados quantitativos e qualitativos sobre crianças e adolescentes em situação de rua é um passo importante no sentido de visibilizar a questão e de auxiliar na formulação de políticas



públicas adequadas à realidade, por exemplo, direcionando-as às regiões onde há maior presença dessa população e também aos “vazios socioassistenciais”.

Após essa etapa, foram realizadas reuniões entre o defensor e a defensora públicos responsáveis pelo projeto, as agentes do Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) e os(as) voluntários(as) do projeto, o que resultou na organização da agenda de ações, assim dividida: a) elaboração de ofícios; b) realização de reuniões; c) desenvolvimento de fluxos entre diferentes órgãos e serviços; d) e outros (nesta categoria, foram inseridas ações como o desenvolvimento de subgrupos de estudo para alguns pontos específicos, incentivo à capacitação dos servidores etc.).

Grande parte dos encaminhamentos pensados a partir do GT foram realizados: i) envio de ofícios da DPESP para as Secretarias Municipais de Saúde, Assistência Social, Esporte e Cultura - a maioria respondida; ii) realização de reuniões; e iii) incentivo à capacitação de recursos humanos, que foi realizada pelo Poder Público nos Conselhos Tutelares e nos Serviços de Saúde.

Para além das ações referidas, realizamos entrevistas com adolescentes em situação de rua, para o levantamento de suas percepções sobre o atendimento. O projeto sempre teve como horizonte a participação do público diretamente interessado na formulação desta política pública, o que seria feito, a princípio, por meio de audiência lúdica com crianças e adolescentes em situação de rua. Com o caminhar do processo e das discussões dentro do GT, dada a dificuldade de gerenciamento e adesão, essa ideia inicial foi substituída pela aplicação de entrevistas semiestruturadas⁴. Essa técnica permitiu conhecer mais de perto as demandas desse público⁵, além de consolidar e legitimar três direções para o projeto.

Assim, em 24 de julho de 2020, foi realizada a última reunião do GT, com os objetivos de prestar contas das ações tomadas pela DPESP, propor e aprimorar alguns encaminhamentos. Nessa oportunidade foram expostos os três grandes caminhos que serão enfocados pela DPESP: i) elaboração de fluxos entre os serviços; ii) atenção especial aos SCFV (serviço porta de entrada para acesso a outros direitos – educação, cultura, família, convivência comunitária etc.); iii) e necessidade (ou não) de um serviço específico (centro de referência), o que demanda amadurecimento do debate.

Em relação ao primeiro caminho, a elaboração de fluxos entre os serviços é uma ação que precisa ser desenvolvida de forma multidisciplinar e em colaboração entre DPESP e os serviços envolvidos. Tal como visto na experiência do Rio de Janeiro, os fluxos aparecem como uma importante ferramenta para mobilizar os diferentes atores envolvidos com o atendimento de crianças e adolescentes em situação de rua e de suas demandas complexas.

Sobre o segundo caminho, durante todo o percurso brevemente exposto acima⁶, se a criação de um serviço específico para as crianças e adolescentes em situação de rua em Ribeirão Preto permaneceu uma demanda de viabilidade disputável, a ser melhor analisada, a necessidade de atenção e de aperfeiçoamento dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFVs) foi assumindo bastante força a partir de uma perspectiva estratégica.

Segundo a Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, os SCFV são serviços realizados em grupos para prevenir situações de risco social, por meio de uma “[...] intervenção social planejada que cria situações desafiadoras, estimula e orienta os usuários na construção e



reconstrução de suas histórias e vivências individuais e coletivas, na família e no território” (CNAS, 2009, p. 8).

Embora os SCFVs não sejam especificamente voltados para crianças e adolescentes em situação de rua, nas reuniões do GT foi possível constatar que esse público também busca tais serviços que, por sua vez, vêm encontrando dificuldades de atuação no Município de Ribeirão Preto, havendo a necessidade de fortalecê-los.

Sem descartar a discussão sobre a criação de um serviço novo para atender o público alvo (terceiro caminho), estabelecemos, como prioridades de atuação a partir de agora, a elaboração de fluxos entre os serviços e o aperfeiçoamento dos SCFVs do Município. Essa é a nova fase do projeto, que já ganhou seus contornos iniciais por meio da realização de visitas pelas pessoas voluntárias da DPESP aos SCFVs do Município e do estudo das normas pertinentes. Com isso, foi possível levantar os desafios que mobilizarão a atuação da DPESP a partir dessa nova fase.

Na Pré-Conferência Regional da DPESP em Ribeirão Preto de 2019, no Grupo Temático “Infância e Juventude”, a sociedade civil local aprovou a continuação dos trabalhos dos defensores da Infância na temática de políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua. Portanto, entre 2020 e 2021, o projeto terá continuidade.

5 Potencialidades e desafios da atuação institucional da Defensoria Pública em processos de produção de políticas públicas

O desenvolvimento do projeto até o presente momento nos permite elaborar algumas reflexões acerca das potencialidades e dos desafios da atuação institucional da Defensoria Pública em processos de produção de políticas públicas.

A DPESP apresenta um desenho institucional mais favorável à participação da sociedade civil sobre as suas políticas institucionais. Os Ciclos de Conferências são um exemplo de mecanismo que pode viabilizar canais de diálogo entre a instituição e as demandas dos grupos e movimentos sociais que atuam na defesa de direitos de setores vulneráveis.

Contudo, pesquisas vêm demonstrando um processo de desmobilização e de esvaziamento das conferências, com o enfraquecimento da sua legitimidade político-institucional diante da sociedade civil. Um dos fatores associados a esse fenômeno é a percepção crescente de inefetividade ou de um baixo grau de implementação das propostas aprovadas nas Conferências e incorporadas aos Planos de Atuação Institucional (CRANTSCHANINOV, 2018; YAMAMURA, 2018; RIZZARDI, 2015).

Entendemos que a experiência de elaboração e de execução do projeto narrado nesse texto nos permite fornecer elementos para que a própria DPESP repense a metodologia de implementação dos seus Planos de Atuação Institucional, construídos de modo participativo através dos Ciclos de Conferências, retomando e fortalecendo um projeto de instituição aberta e permeável à participação e ao controle social.

Diferente do que vem ocorrendo ao longo da trajetória das Conferências, em que os Núcleos Especializados⁷ são os atores institucionais responsáveis pela implementação dos Planos de Atuação, o projeto é exemplo de uma iniciativa em que uma unidade regional da DPESP (no



caso, a de Ribeirão Preto) mobilizou-se, junto à rede de serviços, para dar respostas a uma demanda local.

Pelo menos três condições institucionais possibilitaram, em nível local, esse tipo de atuação mais estratégica e ativista, voltada à política pública municipal para crianças e adolescentes em situação de rua: presença de cargos especializados de defensores em infância e juventude, existência do Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) e recrutamento de pessoas voluntários para atuarem junto ao projeto.

Na unidade regional de Ribeirão Preto, há dois cargos especializados em infância e juventude, atualmente ocupados pelos defensores públicos Bruno Cesar da Silva e Natalia da Costa Nora Bugner. Entendemos que a especialização dos cargos que atuam em matéria de infância e juventude é condição necessária para o adequado desempenho das atribuições específicas, em razão da complexidade e das especificidades próprias dessa área de atuação, que exige conhecimentos multidisciplinares e uma ação sistêmica próxima à rede de atendimento e às políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes e suas famílias (NEIJ-DPESP, 2019).

Além da existência de cargos especializados, o Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) da unidade, que conta com a psicóloga Paula Carolina Barboni Dantas Nascimento e a assistente social Renata Romanholi Eik Cremonez e apoia o trabalho dos(as) defensores(as) públicos em demandas de maior complexidade, possibilitou uma melhor aproximação e articulação do projeto com os atores da rede local de serviços, como secretarias municipais, organizações da sociedade civil etc., viabilizando o conhecimento e o debate das dificuldades e dos desafios cotidianos, além da busca conjunta por soluções.

A existência de CAMs nas unidades da DPESP viabiliza o suporte a uma atuação capacitada e específica do sistema de justiça em matéria dos direitos da criança e do adolescente, possibilitando olhares mais ampliados sobre as demandas que chegam à Defensoria (NEIJ-DPESP, 2019).

Por fim, o recrutamento de pessoas voluntárias para atuarem junto ao projeto fortaleceu a sua capacidade operativa, proporcionando a realização de estudos técnicos e normativos, de visitas aos serviços existentes no Município, de seminário temático e audiência pública, e de reuniões do GT. Embora a formatação adotada tenha gerado bons resultados, não há como deixar de registrar que o incremento de recursos humanos, como a contratação de analistas, ainda é um desafio para que a DPESP possa fortalecer e aprimorar a sua capacidade de atuação estratégica em políticas públicas, com enfoque na promoção de direitos humanos.

Assim, a necessidade de estruturação mínima da DPESP no tocante às equipes de apoio, tanto jurídico quanto multidisciplinar, é um fator que interfere diretamente na continuidade do serviço público prestado de assistência jurídica integral e gratuita na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, com a prioridade absoluta, conforme obrigam o ECA e a CF/88 (NEIJ-DPESP, 2019).

A execução do projeto também teve que enfrentar algumas dificuldades, como certa resistência do Poder Público municipal em reconhecer a existência de crianças e adolescentes em situação de rua na cidade como uma demanda que exige uma política pública articulada e específica. Embora a questão chegue à porta dos serviços públicos e da própria DPESP, em



algumas reuniões, representantes da Prefeitura questionaram a própria necessidade do projeto, a partir de uma visão que nega tal realidade e invisibiliza esses sujeitos.

Acreditamos que tal posicionamento do Poder Público pode estar associado a dois motivos principais. Em primeiro lugar, a uma concepção estreita que enxerga crianças e adolescentes em situação de rua como apenas aquelas que moram nas ruas, quando o conceito é mais amplo e abrange, também, crianças e adolescentes vulneráveis a múltiplas formas de violência e de negação de direitos nas ruas, como exploração sexual, tráfico de drogas, mendicância, trabalho infantil etc. Além disso, a ausência de diagnósticos quantitativos e qualitativos consistentes acerca da situação do Município na temática também surgiu como uma dificuldade importante, reforçando o discurso de invisibilização⁸.

Por ser uma instituição recente no sistema de justiça brasileiro, constitucionalizada em 1988, a Defensoria Pública, na prática concreta, ainda luta por afirmação institucional, buscando prerrogativas, funções e autonomia em equiparação a outras carreiras jurídicas, como Ministério Público e Poder Judiciário. Assim, por um lado, a DPESP ainda não tem o peso político-institucional de outros atores do campo da justiça, o que pode ajudar a explicar uma postura mais evasiva da Administração Pública quando cobrada pela instituição, ao demorar para responder solicitações de ofícios, agendar reuniões, encaminhar propostas, por exemplo, o que representou mais um desafio a ser superado.

Por outro lado, no decorrer do projeto, enquanto articuladores externos à rede de serviços, as condições institucionais favoráveis mencionadas acima propiciaram-nos relativa facilidade em dialogar de modo horizontal com as secretarias municipais, CMDCA e demais serviços, na busca por alguns consensos.

Outras dificuldades enfrentadas dizem respeito a certo esvaziamento do número de participantes das reuniões do GT ao longo do projeto e à ausência dos próprios secretários municipais na maior parte das reuniões, que enviavam representantes, como substitutos, para participarem. Como tais representantes não detêm o poder de decisão, todos os assuntos trabalhados no GT demandavam repasses aos secretários, aumentando a necessidade de negociações posteriores com os atores políticos.

Por fim, as reuniões indicaram o desafio da intersetorialidade em demandas de elevada complexidade, como é o caso das que envolvem crianças e adolescentes em situação de rua, uma vez que os serviços existentes no Município, na maior parte das vezes, operam sozinhos e sem diálogo ou articulação com os demais.

6 Considerações finais

Neste relato, buscamos expor e analisar a experiência de elaboração e de execução de um projeto coordenado pela unidade da DPESP em Ribeirão Preto, voltado ao diagnóstico das necessidades da rede local no tocante ao atendimento de crianças e adolescente em situação de rua, bem como ao apontamento de medidas para a estruturação dos serviços.

Esse projeto insere-se nas atribuições da DPESP previstas na Lei Complementar nº 988/2006 e relativas à promoção da tutela individual e coletiva dos interesses e dos direitos da



criança e do adolescente, além da contribuição na elaboração, no planejamento e na proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais.

Ao longo do texto, descrevemos cada fase do projeto e a função exercida por ela no Plano de Ação, bem como apontamos as condições institucionais que favoreceram esse perfil de atuação, mais ativista e estratégico da DPESP, suas potencialidades e desafios. Através dessa experiência, buscamos oferecer alguns parâmetros para que a Defensoria Pública e outras instituições do sistema de justiça possam mobilizar recursos e estratégias de atuação capazes de incidir na produção de políticas públicas.

Para tanto, entendemos que a pauta da democratização do sistema de justiça, ou seja, a institucionalização de canais de participação e de controle social nessas instituições deve ser fortalecida. A ausência ou as deficiências no funcionamento de políticas públicas responsáveis por implementar direitos econômicos e sociais são sentidas no atendimento diário do sistema, e uma gestão participativa tem o potencial de informar as instituições de justiça sobre as violações de direitos e as demandas de setores sociais vulneráveis.

Ao reconstruirmos o percurso do projeto, evidenciamos alguns passos que nos parecem primordiais para uma atuação institucional do sistema de justiça em políticas públicas: a) elaboração de um Plano de Ação, com justificativa, objetivos gerais e específicos, cronograma e previsão de recursos humanos, técnicos e operacionais; b) estudo e sistematização dos marcos normativos, nacionais e internacionais, que reconhecem o direito e regulam a política pública em análise; c) levantamento de possíveis experiências relacionadas ao tema, em outras localidades, e das lições que proporcionaram; d) conhecimento das estruturas, dos atores e dos serviços locais disponíveis para enfrentar a questão, além de dados quantitativos e qualitativos capazes de subsidiar a formulação de propostas de intervenção; e) debates com instituições acadêmicas, a fim de entender as contribuições mais relevantes e recentes da pesquisa científica no tema; f) diálogo com a sociedade civil organizada, entidades de defesa de direitos, sistema político e rede de serviços, com a finalidade de discutir conjuntamente a realidade local no tocante ao tema e às possíveis estratégias de intervenção; g) escuta qualificada do público-alvo da política pública, para coletar percepções capazes de auxiliar na proposição de melhorias para os serviços; h) criação de grupos de trabalho que possam elaborar diagnósticos, indicar encaminhamentos e construir consensos mínimos sobre o funcionamento da política.

E esse caminho conduz a uma conclusão fundamental: a capacidade do campo da justiça em oferecer respostas eficazes às demandas prioritárias da sociedade civil em determinado contexto depende do estabelecimento de um diálogo multidisciplinar mais estreito com a Administração Pública e com a rede de serviços encarregados da política pública em questão, além de parcerias com outros atores, na busca por soluções políticas e técnicas para problemas complexos.

Referências bibliográficas



ARANTES, Rogério Bastos; MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. **Opinião Pública**, Campinas, v. 25, n. 1, p. 97-135, jan./abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 de mai. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 06 de ago. de 2020.

CNAS. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de nov. 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf. Acesso em: 10 de ago. de 2020.

CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky. **Da expectativa à (des)mobilização**: a trajetória da participação nas Conferências da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2018. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

CUNHA, Luciana Gross; FEFERBAUM, Marina. Repensando o papel da Defensoria Pública: uma nova estratégia para o aprimoramento da cidadania. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (org.). **Temas Aprofundados**: Defensoria Pública, v. 2, p. 17-21. Salvador: JusPODIVM, 2014.

HOLLIDAY, Oscar Jara. Sistematização das experiências: algumas apreciações. In: BRANDÃO, Carlos Rodrigues; STRECK, Danilo R. (org.). **Pesquisa participante**: a partilha do saber. Aparecida - SP: Ideias & Letras, 2006.

MANZINI, Eduardo José. Entrevista semi-estruturada: análise de objetivos e de roteiros. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE PESQUISA E ESTUDOS QUALITATIVOS, 2., 2004, Bauru. **Anais** [...]. Bauru: USC, 2004. 10p. Disponível em: <http://wp.ufpel.edu.br/consagro/files/2012/03/MANZINI-Jos%C3%A9-Eduardo-Entevista-semi-estruturada-An%C3%A1lise-de-objetivos-e-de-roteiros.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Defensoria Pública e Judicialização: expectativas e desenvolvimento histórico. In: OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019.

NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - NEIJ-DPESP. **Parecer**: Atribuições do Defensor Público da Infância e estrutura mínima para exercê-las. 2019.

RIZZARDI, Máira Martinelli. **Os Ciclos de Conferências da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**: Controle e Participação Social. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

RIZZINI, Irene *et al.* **A efetivação de políticas públicas no Brasil**: o caso das políticas para crianças e adolescentes em situação de rua. Rio de Janeiro: PUC-Rio; CIESPI, 2011.

RIZZINI, Irene; CARVALHO, Thaís de; COUTO, Renata Mena Brasil do. **População infantil e adolescente em situação de rua**: temas em destaque em âmbito internacional. Rio de Janeiro: CIESPI, 2017.

RIZZINI, Irene; COUTO, Renata Mena Brasil do. População infantil e adolescente nas ruas: principais temas de pesquisa no Brasil. Dossiê: Vida na rua. **Civitas**, Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 105-122, jan./abr. 2019.



SÃO PAULO. Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006. Organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. **Diário Oficial [do] Estado de São Paulo**, São Paulo, SP, 9 de jan. 2006. Disponível em:

<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>. Acesso em: 06 de mai. de 2020.

VIEIRA, Vanessa Alves; RADOMYSLER, Clio Nudel. A Defensoria Pública e o reconhecimento das diferenças: potencialidades e desafios de suas práticas institucionais em São Paulo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 455-478, jul./dez. 2015.

YAMAMURA, Rafael Bessa. **A Defensoria Pública como instrumento político de transformação social**: entre narrativas e práticas profissionais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

¹ Deve-se atentar que, no âmbito internacional, especialmente para a ONU, o termo criança é utilizado para designar toda a população com até 18 anos de idade, abrangendo, portanto, a noção de adolescente empregada em nosso ordenamento jurídico interno.

² Essa lei institui a Política Estadual de Atenção Específica para a População em Situação de Rua no Estado de São Paulo. É importante ressaltar que, no universo da população em situação de rua, as crianças e adolescentes demandam especial atenção, tendo em vista a própria condição peculiar de desenvolvimento desse público (art. 6º do ECA) e a previsão constitucional de prioridade absoluta para crianças, adolescentes e jovens (art. 227 da CF/88).

³ Tais dificuldades decorrem de problemas de representatividade, autonomia, rotatividade dos representantes, falta de experiência na formulação de políticas, tensões e dificuldades na destinação do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, além de outras dificuldades envolvidas na implementação das políticas (RIZZINI *et al.*, 2011, p. 70-75).

⁴ Foi elaborado um roteiro que, conforme coloca Eduardo José Manzini (2004), facilita não apenas o processo de organização da interação com o(a) entrevistado(a), mas também a coleta das informações básicas para os objetivos do projeto. Esse roteiro foi aplicado em entrevistas individuais e em grupo.

⁵ Dentre as demandas, algumas se mostraram recorrentes, sendo assim sistematizadas: i) serviço que permita maior liberdade de ir e vir; ii) serviço com mais atividades lúdicas; iii) necessidade de um centro de referência de crianças e adolescentes; iv) espaço físico adequado para o desenvolvimento das atividades e do cuidado; v) equipe de profissionais com maior engajamento e com formação continuada; vi) oportunidade de formação profissional.

⁶ Para maiores informações sobre as etapas, recomendamos a leitura de outro texto fruto do projeto em análise, intitulado “Um relato de experiência a partir do Projeto ‘Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes em Situação de Rua de Ribeirão Preto - SP’: alguns apontamentos sobre articulação em rede e atuação extraprocessual na defesa de crianças e adolescentes”, de autoria de Bruno César da Silva e de Mariana Albuquerque Zan.

⁷ Os Núcleos Especializados têm a função de fornecer suporte e auxílio técnico ao desempenho das atividades funcionais dos membros da carreira, em diferentes temáticas, favorecendo a interlocução entre as pautas de entidades de defesa de direitos e de grupos sociais organizados e a instituição. Dentre as atribuições dos Núcleos, podemos citar a de contribuir para a definição de ações voltadas à implementação dos Planos de Atuação Institucional. No entanto, conforme argumentam Vieira e Radomysler (2015), há o risco de desresponsabilização da DPESP como um todo em relação às reivindicações da sociedade civil organizada, por meio do direcionamento de tais demandas apenas aos Núcleos.

⁸ O projeto contribuiu com a constatação e a problematização dessa lacuna de informação. O reconhecimento da importância da produção de dados quantitativos e qualitativos sobre a população de crianças e adolescentes em situação de rua resultou no comprometimento do CMDCA em levá-los no próximo censo municipal.



Medida protetiva de acolhimento sob o viés do ECA: priorização do núcleo familiar

***Protective Care Measure under the bias of ECA: prioritization of family
nucleus (Arial 12, negrito e itálico)***

Katia C. Oliveira Giraldi

Defensora Pública do Estado de São Paulo na Unidade Família Central
kgiraldi@defensoria.sp.def.br

Carolina Lazzaro Barbosa

Estagiária de direito da 9ª Defensoria Pública da Unidade Família Central
carolinalazzaro.97@gmail.com

Resumo

O acolhimento institucional e familiar é medida protetiva a ser aplicada em casos excepcionais previstos em lei. Trata-se de instituto temporário e excepcional que busca resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes frente a situações extremas. O Poder Público possui o dever constitucionalmente estabelecido de amparar esses indivíduos e dar-lhes todo o acesso às melhores condições de vida. Os três poderes, em comunicação constante, devem oferecer as políticas públicas previstas em lei e garantir que sejam cumpridas, nem que para tal a via judicial seja a única possível. Os familiares, nesse contexto, são de especial importância, seja no seio familiar natural, seja no seio extenso. Combinado a isso, imprescindível uma ação socioassistencial e intersetorial para dar respaldo a todos e garantir que haja uma efetiva luta pela manutenção dos infantes de jovens junto de seus familiares, tudo em relacionamento paralelo com a atuação da Defensoria Pública.

Palavras-chave: Acolhimento; Institucional; Familiar.

Abstract

Institutional and family care is a protective measure to be applied in exceptional cases established by law. It is a temporary and exceptional institute that seeks to safeguard the rights of children and juveniles in extreme situations. The Public Power has a constitutionally duty to help these individuals and give them full access to the best living conditions. The three powers, in constant communication, must offer public policies and ensure that they are observed, even though the judicial route is the only one possible. Family members have a special importance, and socio-assistance is essential to support everyone and ensure that there is a effective fight for the maintenance of teenagers and children with their families. All this happens with de support of the Public Defender's Office.

Keywords: *Sheltering; Institutional; Family.*



Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente completa seus 30 anos. Diante desse magnânimo diploma, os direitos das pessoas tidas, anteriormente, como homens e mulheres em miniaturas, passaram a ser resguardados de modo especializado.

Dentre as inúmeras proteções trazidas, o ponto a ser analisado no presente artigo é o das medidas de proteção à criança e ao adolescente denominadas de acolhimento. Tem-se a modalidade institucional e, também, a modalidade familiar.

Esses institutos tratam de formas de paládio ao jovem ou ao petiz que se encontra em alguma situação extrema e que necessita do Poder Público. Saem, pois, do seio de suas famílias.

A metodologia utilizada baseia-se no método hipotético-dedutivo em foram analisados referenciais teóricos e práticos do labor na Defensoria Pública da Infância e Juventude.

O objetivo aqui é, justamente, demonstrar a importância das famílias nesse processo e como é necessário priorizar a reinserção familiar sempre que possível. Nesse diapasão, o destaque será direcionado à ação da Defensoria Pública e aos demais setores socioassistenciais na busca de garantir que a primeira via de ação seja, sempre, a busca de conciliação com a família natural ou com a família extensa.

A medida de proteção do acolhimento institucional

O acolhimento institucional enquanto medida de proteção da criança e do adolescente está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e possui, outrossim, respaldo constitucional.

No livro Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, o acolhimento institucional é caracterizado como uma proteção da criança e dos adolescentes – que são os sujeitos de direito a terem paládio –, de modo que é de competência da autoridade analisar os casos e efetivá-lo. Todavia, não se afasta a possibilidade de diálogos intersetoriais para garantir a salvaguarda dos direitos desses indivíduos, conforme será evidenciado mais a frente.

Nesses moldes:

O conselho tutelar, por exemplo, em razão do que dispõe o art. 136, I, do ECA, somente pode aplicar as medidas elencadas nos incisos I a VII do art. 101 da lei, uma vez que é de competência exclusiva da autoridade judiciária a colocação de criança ou adolescente em programa de acolhimento familiar ou em família substituta, mediante a concessão de guarda, tutela ou adoção. No que se refere ao acolhimento institucional, deve o conselho tutelar atentar para a regra geral, imposta no § 2º do art. 101, segundo a qual o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária. Nas hipóteses em que a medida de acolhimento institucional se revele imprescindível e urgente – sendo ainda impossível ou inviável o contato com o Ministério Público ou Poder Judiciário –, o conselho tutelar pode, como qualquer do povo, socorrer a criança ou o adolescente cuja saúde ou integridade física esteja em risco (...). Pode também determinar o acolhimento institucional nos casos em que, não



havendo qualquer referencial familiar, esta se revelar a única medida apta à proteção da criança ou do adolescente, procedendo a imediata comunicação à autoridade judiciária para fins do disposto no art. 101, § 3º e s., do ECA. (MACIEL, 2019, p. 771 a 784.)

Por conseguinte, evidencia-se que essa medida de proteção possui o caráter excepcional e somente pode ser realizado pelo Judiciário, salvo algumas exceções podendo ser feito pelos Conselhos Tutelares.

O diapasão constitucional prevê que essa proteção das crianças e adolescentes é um dever do Estado, da família e da sociedade, de modo que se a família de alguma maneira é falha, os dois outros sujeitos devem atuar e suprir as necessidade de proteção desses sujeitos de direito. A Magna carta assim preleciona:

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

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

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao **acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.** (grifos nossos)

(Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.)

Do mesmo modo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente que define que, em seu artigo 101, caso se verifique a ameaça ou a violação dos direitos das crianças e dos adolescentes, as medidas de proteção devem ser aplicadas para salvaguardar esse indivíduos de ações ou omissões estatais ou da sociedade, ou de abusos e omissões dos pais, ou por em razão da conduta do próprio indivíduo (art. 98, ECA). Assim, podem ser decretadas as medidas constantes nos incisos VII e VIII do referido artigo, ou seja, o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar que será mais a frente analisado.

Ao mais, podem ser acolhidas, também, as crianças e adolescentes que são filhos de pais que não querem exercer a maternidade e a paternidade, assim como os filhos de mães e pais em situação carcerária. Assim prevêm os artigos 8º, §4º e 19-A, §4º.

De mais a mais, ponto importante a ser ressaltado é o fato de a medida de acolhimento (tanto institucional, quanto familiar) é excepcional e temporária. Isso significa que a medida de proteção deve ser aplicada tão somente em *ultima ratio*. E, além disso, trata-se de situação temporária, cujo foco é a reinserção no seio familiar.

Nessa esteira:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (grifos nossos)

(Estatuto da Criança e do Adolescente.)



Jurisprudencialmente, ficam claras essas duas características do acolhimento, com foco ao institucional, tal como o fato de que o Estado (em todas as suas dimensões) responsabiliza-se pela proteção integral da criança e do adolescente, em prol de seu melhor interesse, conforme disposto abaixo:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, caput) – **qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao poder público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num facere (...).** (...) o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, rel. min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao poder público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, rel. min. Celso de Mello), o STF (...). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o poder público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF (...). **Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, caput, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do poder público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.** (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente. (...) (grifos nossos)

(RE 482.611, rel. min. Celso de Mello, j. 23-3-2010, dec. monocrática, DJE de 7-4-2010.)

Por conseguinte, as crianças e adolescentes devem ser amparados pelo Poder Público e, no tocante ao acolhimento institucional, deve ele ser realizado tão somente quando extremamente necessário, de forma temporária e com constantes reavaliações das condições familiares, vez que o seio familiar (família natural ou extensa) é o local em que devem ser inseridos sempre que possível.



A medida de proteção do acolhimento familiar

Quanto ao acolhimento familiar, correspondente à colocação em família acolhedora por período determinado, algumas considerações também merecem ser realizadas.

A medida está prevista no artigo 101, VIII, do ECA e caracteriza-se como:

(...) o encaminhamento, pela autoridade judiciária, de determinada criança ou adolescente, à entidade que desenvolve programa homônimo, mediante a concessão de guarda provisória a casal previamente cadastrado, em razão do abandono, ou após a constatação de que a manutenção na família de origem não é a alternativa mais apropriada ao seu cuidado e à sua proteção.

Nesses termos, o acolhimento familiar, embora também seja medida excepcional, é menos impactante às crianças e aos adolescentes, pois eles ficam próximos de uma real família que procura inseri-lo em um contexto de afeto e integração.

Trata-se de um bonito trabalho voluntário de pessoas previamente cadastradas e que gera bons resultados na desenvoltura dos indivíduos acolhidos. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que o Poder Público deve estimular essa modalidade de acolhimento, dados os seus benefícios.

Quanto à competência da medida é tão unicamente do Judiciário, sem a possibilidade de excepcionalidade do acolhimento institucional:

Insta observar que a medida de acolhimento familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária, regra para a qual não se admite exceção³¹. A esta autoridade incumbe reavaliá-la, minimamente, a cada 6 meses (art. 19, § 1º, do ECA), tal como acontece no acolhimento institucional, embora não haja, para o acolhimento familiar, o prazo máximo de 18 meses de duração. Ao acolhimento familiar, aplicam-se, ainda, as regras de natureza procedimental constantes dos §§ 4º e s. do art. 101, e art. 170, parágrafo único, do ECA.

(MACIEL, 2019, p. 771 a 784.)

A priorização do núcleo familiar no Estatuto da Criança e do Adolescente e o papel extrajudicial da Defensoria Pública Cível na área da Infância e Juventude

A família sempre foi e continua sendo essencial, fundamental, indispensável no desenvolvimento das crianças e adolescentes e assim é reconhecida pela legislação brasileira no artigo 226 da Constituição Federal: “(...) a família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

A Magna Carta também determina que cabe à família, ao Estado, à sociedade em geral e às comunidades assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais (artigo 227), ampliando aqueles já determinados no artigo 5º, inserindo entre outros, o direito a convivência familiar e comunitária.

De mais a mais, os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevêm que esses indivíduos são prioridade absoluta relativamente às políticas



publicas, sendo, outrossim, sujeitos de direito (deixaram de ser considerados objetos como no antigo código de menores, quando estavam sujeitos à aplicação de medidas coercitivo-punitivas). Ademais, possuem a condição de pessoa em desenvolvimento, de forma que seu melhor interesse deve sempre ser buscado.

À luz dos 30 anos do Estatuto já resta evidente que a criança e o adolescente devem, prioritariamente, crescer no seio de suas famílias. A convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente. No mesmo sentido preleciona a Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente ratificada pelo Brasil em 1990.

Ainda, para melhor entendimento do tema, necessário citar o artigo 226, §4º, do Texto Magno que define família, saindo de um conceito fechado para incluir todo tipo de formação que tenha por objetivo (e tenha capacidade para tal) o cuidado com a criança ou adolescente, no sentido de promover seu pleno desenvolvimento.

Por conseguinte, a partir de então a legislação brasileira passa a incluir várias possíveis formações de família e, ao longo do tempo, a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar, também, como unidades familiares, as famílias socioafetivas, aquelas cujos vínculos não são sanguíneos, mas tão somente afetivos – e que podem ser até mais fortes que os vínculos de parentesco.

Então, família passa a ser aquela que tenha a capacidade de proteger e de cuidar da criança ou adolescente, nos conformes do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

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

Ao mais, importante destacar a família extensa que o Estatuto traz para ampliar a possibilidade de manutenção da criança dentro de um círculo ao menos conhecido.

No âmbito do acolhimento, conforme já afirmado, a excepcionalidade e a provisoriedade do acolhimento familiar devem sempre ser os pontos centrais na aplicação da medida de proteção em seus dois âmbitos – institucional e familiar.

Por vezes, a criança ou o adolescente pode estar em risco de ter seus direitos fundamentais violados, podendo, pois, ser aplicadas as medidas de proteção elencadas no artigo 101, incisos I a VI: as medidas antes do acolhimento.

Em casos extremos, as medidas elencadas acima podem não ser suficientes para proteger o indivíduo. Nessa condição, o acolhimento institucional entra como *ultima ratio* para que o Estado aja e, principalmente, busque a reinserção do infante ou do jovem na família natural. Fica clara, então, a importância da família natural e da família extensa nessa ceara.



Justamente por isso que o legislador fez questão de definir família extensa para ficar claro ao aplicador da lei, aos técnicos e demais envolvidos num processo judicial de acolhimento institucional, que a família extensa deve ser estudada e todas as alternativas devem ser exauridas antes de encaminhar a criança ou adolescente para família substituta.

Obviamente que a premissa maior é a manutenção da criança ou adolescente com seus pais. Porém, quando isso não é possível, deve-se obrigatoriamente, buscar os demais familiares. Ainda que a criança ou o adolescente não possa continuar convivendo com sua família natural, deve-se priorizar a família extensa antes de valer-se de qualquer outra alternativa.

Para tal, a legislação prevê a criação de políticas públicas e a atuação da rede socioassistencial para auxiliar a família no que for necessário para a manutenção ou recuperação da guarda da criança ou adolescente.

É fato que grande parte dos acolhimentos ocorre entre a população de baixa renda, população em situação de/na rua e que passaram a vida inteira sendo negligenciadas pelo Estado. Por isso o legislador fez questão de incluir na lei o artigo 23 do Estatuto que define que a vulnerabilidade social não pode ser motivo para retirar uma criança ou adolescente do convívio familiar.

Temos que, por vezes, é extremamente difícil para essas pessoas se reorganizarem. Elas sobrevivem dia a dia de modo que fazer planos, estabelecer rotinas e responsabilidades se torna quase impossível, impensável.

Daí a atuação da rede socioassistencial é imprescindível. Por isso a lei prevê a atuação das entidades de acolhimento e do judiciário nesse sentido:

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Já que o escopo é a manutenção de contato com os familiares, o artigo 92 do mesmo diploma traz algumas premissas a serem respeitadas pelas instituições de acolhimento, dentre outras, a preservação dos vínculos familiares, a promoção da reintegração familiar, o não desmembramento de grupos de irmãos, tudo em prol do mantimento do vínculo familiar.

Assim:

Constatada a qualquer tempo a possibilidade de reintegração familiar, deverá tal fato ser imediatamente comunicado à autoridade judiciária que, oportunizando vista dos autos ao Ministério Público pelo prazo de 5 dias, decidirá em igual prazo (§ 8º do art. 101 do ECA). (MACIEL, 2019, p.787.)

Na mesma esteira de destaque da importância familiar, o artigo 129 do ECA deve ser destacado, vez que os pais e responsáveis contra os quais corre a ação de medida protetiva de acolhimento devem ser estimulados a mudar os fatores que geraram o acolhimento.



Por isso é importante o acompanhamento pela rede intersetorial no sentido de realização de encaminhamentos a serviços e programas de proteção, apoio e promoção da família, inclusão em programas de auxílio e orientação de pessoas com problemas de álcool e drogas, tratamentos psiquiátricos e psicológicos, etc.

Na avaliação técnica do caso é necessário ter em mente que a retirada de uma criança ou adolescente do seio de sua família é uma situação extremamente dolorosa, com repercussão profunda na família e no petiz/jovem. É uma medida extrema e assim deve ser encarada. Ainda, é importante ressaltar que, se a solução for o acolhimento, a família não pode ser esquecida e abandonada. A família deve ser incluída nos serviços necessários à sua estruturação/ reestruturação visando sempre – e em primeiro lugar – a reintegração familiar. Somente quando esgotadas todas as possibilidades de reintegração familiar é que se pode pensar na colocação em família substituta.

Nessa experiência, vemos que grande parte das pessoas que têm seus filhos acolhidos possui história de abandono e violência, ou seja, passaram a vida em condições de negligência. Muitas vezes, o único motivo determinante para o acolhimento é a situação de vulnerabilidade social.

Assim, a qualidade da equipe técnica é de extrema importância. A compreensão da realidade das famílias hipossuficientes, de suas condições de moradia, emprego, saúde, educação e o conhecimento de seu histórico de vida são imprescindíveis para melhor compreensão da situação que levou ao acolhimento da criança ou adolescente, tal como para auxiliar a família no desenvolvimento do necessário ao retorno da convivência familiar.

Por conta disso que o trabalho da Defensoria Pública se torna indispensável no sentido de auxiliar a família a se reorganizar. O que se busca é a reintegração familiar da criança ou do adolescente mediante contato direto com a rede socioassistencial.

Conseqüentemente, relações são estabelecidas com o Município, de modo a propiciar o acompanhamento da família, muitas vezes, desde a gestação, e, somado a isso, é fornecido o apoio do Estado e de políticas públicas adequadas (Grupo de Trabalho Mulheres em situação de vulnerabilidade social e seus bebês). A 9ª Defensoria Pública da Unidade Família Central, na atuação da infância e juventude, também procura fazer o acompanhamento de crianças e adolescentes em idade escolar (em conjunto com o Núcleo de Apoio e Acompanhamento para Aprendizagem – NAAPA e com a Delegacia Regional de Ensino da Penha).

Ainda, há a participação ativa em grupos de trabalho para atendimento às crianças e adolescentes em situação de/na rua no Centro Histórico da Capital (Encontros Intersetoriais). Todo esse trabalho conta com o apoio incondicional e imprescindível do Centro de Atendimento Multidisciplinar – CAM, da Defensoria.



Conclusões

Portanto, o acolhimento enquanto medida de proteção dos infantes e dos adolescentes em situações extremas deve sempre ser acompanhado de um emaranhado de condutas e instituições.

O Poder Público, os familiares, os conselhos tutelares, as instituições de acolhimento, os grupos de estudo, a Defensoria Pública, dentre outros atores, precisam enfatizar que a prioridade é, nesses casos, a manutenção da criança no seio familiar desde que isso corresponda ao melhor interesse da criança.

O direito de defesa dos familiares que tem seus filhos acolhidos é imprescindível. Isso não se resume apenas à defesa jurídica, mas também ao estabelecimento de condições para que as famílias se reorganizem e se preparem na hipótese de que o desacolhimento seja indicado.

Normalmente rodeadas por um histórico de vivência complicado e sofrido, essas famílias vêem seu filhos serem acolhidos com muita dor, de modo que o papel do setor jurídico junto com a rede é, justamente, atuar no restabelecimento familiar quando possível.

Referências bibliográficas

Constituição Federal de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**; coordenação. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 771/784.



Pós-democracia, acolhimento e adoção: avaliando um discurso pela velocidade/eficiência

Post-Democracy, hosting and adoption: evaluating a discourse by speed / efficiency

Pedro de Souza Fialho

Defensor Público Estadual – Defensoria Pública do Estado da Bahia
pedrosouzaafialho@gmail.com

Resumo

O estudo analisa um discurso pela necessidade de tornar mais veloz e eficiente, o percurso desde o acolhimento de uma criança ou adolescente em situação de ameaça ou violação a direitos, até sua inserção em uma família substituta através da adoção, fundado nos quantitativos numéricos do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Assume como referencial teórico de análise, as elaborações da Pós-Democracia nas obras de Rubens Casara, investigando se o discurso analisado reproduz algumas das características daquele conceito. Pretende oportunizar uma crítica quanto à uma leitura da convivência familiar na ótica da racionalidade neoliberal, avaliando sua adequação à Doutrina da Proteção Integral, que demarca o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Adoção. Pós-Democracia. Acolhimento.

Abstract

The study analyzes a discourse due to the need to make faster and more efficient, the route from the reception of a child or adolescent in a situation of threat or violation of rights, to their insertion in a substitute family through adoption, based on the numerical quantitative of the National System of Adoption and Hosting. It assumes as a theoretical reference of analysis, the elaborations of Post-Democracy in Rubens Casara's works, investigating whether the analyzed discourse reproduces some of the characteristics of that concept. It intends to provide a criticism regarding a reading of family life from the perspective of neoliberal rationality, evaluating its adequacy to the Doctrine of Integral Protection, that demarcates the Statute of Children and Adolescents and the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Adoption. Post-Democracy. Hosting.



Um discurso pela velocidade/eficiência da adoção nas controvérsias da convivência familiar

Proponho analisar um discurso quanto a necessidade de maior velocidade/eficiência no percurso entre o acolhimento de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação a direitos, até sua colocação em família substituta por meio de adoção. Foco sua elaboração com pauta nos números do SNA (Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento), a catalogar pretendentes a adoção e pessoas com menos de 18 (dezoito) anos submetidas a medidas de proteção de acolhimento institucional ou familiar.

Como referencial teórico de filtragem, adoto os estudos de Rubens Casara quanto a Pós-Democracia, tendo por norte os textos *Sociedade sem lei: Pós Democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*, e *Estado Pós-Democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*.

Para justificar uma melhor velocidade/efetividade na colocação em família substituta adotiva, há o manejo de elementos característicos da Pós-Democracia na elaboração de um discurso que (d)enuncia impropriedades na efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidas, com ancoradouro na tônica da oferta/demanda entre potencialmente adotáveis e aptos a adotar?

A análise tenta desvelar elementos num dado discurso jurídico e seu alinhamento com características do direito na Pós-Democracia. Não foco especificamente sobre decisões judiciais ou textos normativos, mas sim, em ditos e não ditos que terminam por orientar a formação da compreensão geral do tema da convivência familiar e comunitária em Brasil.

O direito se realiza também na sedimentação de sentidos. Entre o texto da lei até sua aplicação pela dedução no caso concreto, admite medida de silenciamento das justificantes, motivações e excludentes a conduzir e orientar o ato decisório. Daí talvez a tradição de estudo do direito mais fortemente voltada ao caráter descritivo do (supostamente) “dito” pelo legislador – por meio da lei – ou pelo juiz – por meio da decisão -, fomentando a construção de conhecimento jurídico sob um viés excessivamente instrumental.

Todo este movimento de aplicação não é, contudo, mera correlação dedutiva do texto legal para com a realidade, como fosse a simples revelação de uma estrutura de coincidência. Há nesse exercício a condução, até um tanto silenciosa, de discursos em torno dos temas.

Foucault (2012, p. 10) já indicava que o discurso não somente “traduz as lutas ou sistemas de dominação”, mas indica “aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar”, tanto que:

Em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (FOUCAULT, 2012, p. 8).

Posto que não há discurso inocente, há todo um campo de justificação nem sempre expressamente revelado de seus alicerces. Penso necessária sua observação e problematização,



investigando fórmulas pelas quais se constrói, justifica e defende um determinado texto legal ou a interpretação que sustenta a produção de seus efeitos.

O destaque é a narrada necessidade de melhor velocidade/efetividade no tramitar dos expedientes afetos a convivência familiar e comunitária e colocação em família substituta por adoção, pautada em observações acerca do quantitativo de crianças e adolescentes aptas a tal colocação, e adultos aptos a condição de adotantes.

Analisar seu alinhamento com as especificidades da Pós-Democracia permitiria uma melhor compreensão do tema, a envolver uma multiplicidade de interesses na realização das propostas do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente): a garantia da proteção integral e preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

De início abordo o referencial teórico escolhido, traçando os elementos da Pós-Democracia; passo à localização e descrição do espaço de incidência do discurso a debater, mapeando o caminho até a colocação em família substituta por meio de adoção, como medida de preservação da convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes acolhidas por terem vivenciado ameaça ou violação a direitos.

Indico então o discurso a ser debatido, avaliando se há confirmação de características da Pós-Democracia, pavimentando a possibilidade de criticar a (in)adequação dessa construção.

Pós-Democracia: o *Direito e a racionalidade neoliberal*

É no período seguinte à 2ª Guerra Mundial que se firma a necessidade de qualificar o Estado de Direito, em razão das instabilidades, deflagrações e do rebaixamento da condição do humano dentro do próprio território do chamado mundo ocidental. Daí a problematização das medidas de violência, autoritarismo e exercício do poder através do direito para além de padrões mínimos de humanidade, práticas até então em alguma medida naturalizadas quando desempenhadas na dita periferia do mundo, modo estratégico e oportunista de delinear um zoneamento para o exercício imperialismo e colonialismo.

Ainda que houvesse um sistema jurídico posto, se demonstrou necessário o esquadrinho de normas-limite com as quais tolher eventos autoritários de maiorias eventuais, capazes de sublimar valores que deveriam ser preservados em quaisquer circunstâncias. A pretensão de estabilidade e eficiência de alguns direitos, alheios à possibilidade interventiva dos detentores eventuais do poder, é a tônica essencial da transição do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.

O Brasil se estabelece(ria) na condição de um Estado Democrático de Direito, tendo na CF/88 (Constituição Federal de 1988) sua regra central de regência, a conservar um núcleo essencial de direitos cujo afastamento somente se admitiria por evento de uma nova constituinte.

Essa modalidade de Estado organiza as relações sociedade-poder, nação-território, na centralidade de um texto superior (Constituição), assumindo um conjunto mínimo de regras com pretensão de estabilidade (direitos fundamentais), em convergência com as pretensões



populares. Dito “de Direito” por se atrelar a uma legalidade expressa, com uma regra central no sistema jurídico, dotada de expectativa de durabilidade, servindo como um limitador ao poder; qualificado como “Democrático” por atender, primordialmente, a pretensões de caráter geral.

Este arranjo que limita o exercício do poder no Estado vem em descrédito no Brasil frente as conformações sociais, políticas e econômicas do chamado neoliberalismo. Para Casara sequer se trata de um evento de crise na democracia, mas sim sua superação com a instalação de “um modelo autoritário a serviço dos detentores do poder econômico [...]” (CASARA, 2018, p. 13). A narrativa de crise seria um embuste, um falseamento estratégico com o qual silenciar questionamentos e produzir um foco de atenção alheio à percepção e à análise das tramas, sentidos e enunciados produzidos pela racionalidade neoliberal.

A noção de crise da democracia supostamente constataria seu esgotamento, quando em verdade mais se presta a escamotear o processo de afastamento das premissas democráticas para atendimento as pretensões neoliberais. Nesse processo, a participação da mídia é essencial, especialmente em um país cujo sistema democrático, instituições políticas e a ideia de uma cultura cívica ainda estão em processo de amadurecimento. (SANTOS; SILVA, 2018).

A racionalidade neoliberal atravessa as relações sociais, adequa desde o simbólico, até a estruturação material da sociedade, atraindo o Estado para exercer um papel de alinhamento para com suas pretensões, possibilitando “a ação global das forças mundializadoras do mercado” e incidindo sobre as ações. (SANTOS, 2013, p. 73-74).

Propõe a avaliação de um Estado assentado não mais na Democracia, mas sim em uma Pós-Democracia:

O Estado Democrático de Direito, que se caracterizava pela existência de limites rígidos ao exercício do poder, acabou substituído pelo Estado Pós-Democrático, no qual o poder político se confunde com o poder econômico, ambos voltados à realização dos interesses do mercado e à ampliação ilimitada do capital, em particular do capital financeiro (hoje, a burguesia produtiva perde poder para os detentores do capital financeiro; o trabalho e a produção perdem espaço na economia para o “rentismo” e o “capital improdutivo”). No Estado Pós-Democrático, os direitos, as garantias fundamentais e os valores democráticos passaram a ser tratados como mercadorias, portanto, como objetos negociáveis ou obstáculos que podem ser facilmente afastados em nome dos interesses repressivos do Estado, que precisa controlar os indesejáveis, aqueles que não interessam ao projeto neoliberal, ou do mercado. (CASARA, 2018, p.9-10).

Aí se autorizam a flexibilização de garantias, em estratégia que incrementa a produção de resultados fora de limites legais; ao mesmo tempo, se alimenta uma “mutação simbólica pela qual todos os valores perdem a importância e passam a ser tratados como mercadorias, portanto, disponíveis para uso e gozo seletivos [...]” (CASARA, 2017, p. 31).

A Pós-Democracia autorizaria um Direito na ausência do limite, com reforço a uma compreensão de mundo efficientista, numérica, formatada sob o signo da mera gerência tabular de interesses, produz empobrecimento subjetivo e da linguagem com explicações hipersimplistas de eventos humanos, “esconde o negativo e o complexo enquanto apresenta discursos que mostram as coisas existentes como pura positividade e simplicidade” (CASARA, 2018, p. 59).



Fomenta uma codificação do real em critérios de mercado, circunscreve a experiência humana nas dicotomias eficiente/ineficiente, útil/inútil, ditando uma necessidade de controle do indivíduo tido por inadequado, pouco produtivo, estimula a expansão dos sistemas repressivos, ou estabelece um viés repressivo a sistemas de caráter proeminentemente protetivo. Justifica a retração dos investimentos sociais, elaborando estigma aos vulneráveis, pensados na condição do inimigo, do indesejável, àquele a quem cabe o controle em razão de sua inadequação e baixa produtividade (CASARA, 2017, p. 150).

É possível destacar 5 (cinco) elementos característicos da Pós-democracia: (1) retórica de crise; (2) simplificação de questões complexas; (3) flexibilização de limites; (4) percepção da realidade sob uma ótica de mercado; e (5) caracterização do indivíduo como indesejável. Essas máximas se comunicam e atravessam o direito em seus mais variados campos, setores e manifestações.

Traçado o marco teórico da análise pretendida, é de importância estabelecer o espaço e o contexto de regras nos quais emerge o discurso, delineando a regulamentação quanto a convivência familiar, a impostura de medidas de proteção e à colocação em família substituta na forma de adoção.

O espaço em que incide o discurso: *caminhos até a (nova) família*

É no trajeto entre uma situação de ameaça ou violação a direitos da criança e adolescente, até sua colocação em família substituta por meio de adoção, que incide o discurso a ser analisado. Por tal motivo é de se descrever este lugar, este espaço onde se realiza o direito a convivência familiar e comunitária.

Seguindo premissas da DDC (Declaração dos Direitos da Criança) de 1959, sedimentadas na CDN (Convenção dos Direitos da Criança) de 1989, a normativa constitucional inaugurada em 1988 assume o traslado da criança e do adolescente da condição de objeto a sujeito através de seu art. 227, assegurando *absoluta prioridade* na defesa a seus direitos, cujo dever de garantia cabe não somente ao Estado, mas também à família e toda a sociedade. Inaugura a construção de um conjunto regulamentador orientado pela Doutrina da Proteção Integral.

O plexo das relações entre crianças e adolescentes, seus pais ou representantes legais, se circunscrevia a noção do pátrio poder – atualmente referido como poder familiar – em exercício de observação que necessariamente tomava o assunto sob a perspectiva do adulto, quando muito descrito como um poder-dever. Essas relações agora se articulam no poder familiar – presente nos arts. 1.630 a 1.638 do Código Civil – e se complementam na ideia de convivência familiar e comunitária delineada no ECA.

A convivência familiar e comunitária está inserida no segmento dos direitos/garantias de caráter fundamental, detendo fundamentalidade tanto formal quanto material por “proteger o sadio desenvolvimento da personalidade, e a integridade psíquica da criança e do adolescente”. A toda evidência, é via de mão dupla, atendendo tanto a criança ou adolescente, quanto a seus pais, responsáveis e parentes, posto que a convivência de uns, é intrínseca e logicamente ligada a dos outros. (LOPES, 2016, p. 169-172).



Já em sede constitucional consta a necessidade de assegurar, em absoluta prioridade, a convivência familiar e comunitária – art. 227 da CF/88. O direito é abordado em várias passagens do ECA, de onde se extrai seu conceito (art. 19), seus critérios de adequação (arts. 22 a 24), possíveis arranjos familiares onde se desenrola (arts. 28 a 52-D) e as estratégias de intervenção em casos de ameaça ou violação, especialmente por meio das medidas de proteção de acolhimento (parágrafos do art. 19 e arts. 93, 100 e 101).

O Estatuto estabelece possibilidades de atuação, desde intervenções a título de orientação, esclarecimento e apoio a família de origem – incisos I a VI do art. 101 -, passando pelo acolhimento da criança e do adolescente – incisos VII e VIII do art. 101-, chegando a colocação em família substituta, até mesmo com afastamento dos vínculos originários de parentalidade – inciso IX do art. 101.

As medidas de proteção de acolhimento firmam um esquema de atuações para lidar com a ameaça ou violação a direito no contexto da convivência familiar. O sistema censura o desamparo da criança e do adolescente e evita o vazio familiar, de modo que, acaso não se estabeleçam condições de vivência com a família de origem, toma espaço a possibilidade de colocação em família substituta.

Caracterizada ameaça ou violação aos direitos reconhecidos no ECA, toma espaço a possibilidade de imposição da medida de proteção de acolhimento, em duas modalidades: familiar ou institucional. Nas duas formas, há distanciamento da criança ou adolescente de sua família, passando o exercício da convivência a uma família participante do programa de acolhimento familiar¹, ou a uma entidade de acolhimento institucional.

Conforme expressa definição do §1º do art. 101 do ECA, a medida de acolhimento – seja familiar ou institucional – é provisória, excepcional e transitória. Sua execução é orientada por um Plano Individual de Atendimento (P.I.A) no qual a reintegração familiar é a proposta primeira, somente sendo cabível se pensar em colocação em família substituta caso haja específica determinação judicial, assim esclarecem os parágrafos 4º, 5º e 6º do mesmo art. 101.

O §7º do art. 101 estabelece a reintegração familiar como um “processo”, no qual, caso se identifiquem necessidades, serão oportunizados “programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social”. Este dispositivo é norma de abertura e acesso das famílias a direitos sociais, firmando um espectro de proteção que não isola a criança e o adolescente em acolhimento de seus pais, responsáveis legais ou parentes.

Há aí um compromisso de apoio e afastamento a uma noção repressiva frente a observada ameaça ou violação a direitos e diálogo direto com o artigo 6º, do texto constitucional, a prever direitos sociais como saúde, alimentação, trabalho, moradia e proteção à maternidade e à infância.

Caso se compreenda pela impossibilidade de reintegração familiar, tomam espaço as possibilidades de preservar o direito a convivência familiar através da colocação em uma família substituta. Indica o §9º do já indicado art. 101 que após o encaminhamento da família de origem a programas de orientação, apoio e promoção social, caso se constate a impossibilidade de retorno, será elaborado um relatório fundamentado a ser remetido para o Ministério Público, com indicativo pela destituição do poder familiar, destituição da tutela, ou guarda.



Pressupõe a regra estatutária, portanto, um escalonamento de etapas, com medidas para colocação em família substituta apenas após a oferta dos meios de apoio à entidade familiar e constatação de que não houve a superação das dificuldades que justificam o acolhimento.

Essa hierarquia se comunica com a segunda parte do art. 19, regra que assenta a excepcionalidade da família substituta. A atuação das entidades de acolhimento familiar ou institucional é regida pelos princípios de preservação dos vínculos familiares e a integração em família substituta apenas se oportuniza “quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa”, - art. 92. Há reprise dessa ótica na principiologia das medidas de proteção, que se regem pela prevalência da família e das “medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam sua integração em família adotiva” (inc. X do parágrafo único do art. 100)

Toda medida de proteção de acolhimento deverá contar com deliberação judicial que a mantenha ou modifique de 3 (três) em 3 (três) meses, não devendo se prolongar além do período máximo de 18 (dezoito) meses, disciplina dos parágrafos 1º e 2º do já mencionado art. 19

A colocação em família substituta por meio de adoção, pressupõe alteração na titularidade do poder familiar, sendo possibilidade a ocorrer “apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa”, conforme o §1º do art. 39 da regra estatutária. A censura ao paralelismo entre família de origem e família substituta adotiva, ao tempo em que reforça a hierarquia quanto ao exercício da convivência familiar, atrai para a discussão o procedimento de perda e suspensão do poder familiar.

Delineado entre os artigos 155 a 163 do ECA, o procedimento de perda ou destituição de poder familiar se pretende breve, devendo estar concluído em 120 (cento e vinte) dias. A busca por celeridade não está apenas na previsão de um marco temporal máximo, o procedimento tem condensamento de etapas, determina a especificação de provas documentais e indicação de testemunhas já na petição inicial; o despacho inicial já fixa a produção de prova com “estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar”; há fórmula simplificada de citação ficta e prazo máximo para sentença em 5 (cinco) dias.

Disposições específicas pela celeridade também constam da fase recursal, pois o art. 199-B previu a restrição ao efeito suspensivo quando do recebimento da apelação, cujo processamento se daria apenas no efeito devolutivo. A tramitação em segunda instância tem distribuição imediata, dispensa de revisão e parecer do Ministério Público em caráter de urgência, devendo o recurso ir a mesa para julgamento em até 60 (sessenta) dias – art. 199-C e 199-D.

O esquema geral descrito no ECA permite desenhar um esquema temporal entre o acolhimento e a destituição do poder familiar: (1) ato de acolhimento; (2) processamento do acolhimento por no máximo 18 (dezoito) meses; (3) oferta da medida de destituição em até 5 (cinco) dias; (4) processamento e sentença da destituição em até 120 (cento e vinte) dias; (5) via recursal com apelo em 10 (dez) dias e pauta para julgamento em superior instância em até (60) sessenta dias.



A grosso modo, do momento do acolhimento até a confirmação da decisão de primeira instância se estaria falando em um período de cerca de 2 (dois) anos, período que não é estanque, já que os prazos indicados são limites máximos.

O conjunto normativo vem passando por constantes alterações nos últimos anos, especialmente com as leis nº 12/010/2009 – Lei Nacional da Adoção -, nº 13.257/16 – Marco Legal da Primeira Infância – e nº 13.509/2017 – responsável por uma série de alterações visando tornar mais célere a adoção, indício da intensidade dos debates quanto a essa temática em particular.

Este desenrolar de atos, entre atuações de caráter administrativo e percorrer de processos judiciais, é o espaço no qual incide o discurso da velocidade/eficiência das estruturas de proteção a convivência familiar, desde a imposição da medida extrema de acolhimento, até a preservação de tal direito pela garantia da família substituta na forma de adoção, o que poderia acontecer antes mesmo da sentença de destituição do poder familiar ou seu trânsito em julgado.

O discurso e a pós-democracia: *convivência familiar em tempos de neoliberalismo*

A avaliação da convivência familiar no chaveamento da quantidade de pretendentes à adoção e crianças e adolescentes potencialmente adotáveis, observa os dados do SNA, instituído pela Portaria Conjunta nº 04 de 2019, regulamentado pela resolução de nº 289, atos do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). O sistema substitui o CNA (Cadastro Nacional de Adoção) e CNCA (Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas), criados em desde o ano de 2008 por meio, respectivamente, da resolução de nº 54 do CNJ².

O sistema consolida dados em caráter nacional, por meio de informes dos Tribunais de Justiça dos estados quanto a crianças e adolescentes submetidas a acolhimento familiar ou institucional, indicando as que estejam em condição de serem adotadas – epigrafadas como aptas à adoção - e os pretendentes à adoção já devidamente habilitados para tanto.

A normativa do CNJ decorre das alterações feitas ao ECA através da Lei Nacional de Adoção³ (Lei de nº 12.010/09), responsável pela reestruturação do art. 50 com acréscimo dos parágrafos 5º a 12º e 15º. Ali se disciplina a inserção e controle desses dados, formulando as possibilidades de vinculação e direcionamento entre pretendentes a adoção e possíveis crianças e adolescentes a adotar, organizando as possibilidades tanto dentro de todo território nacional quanto com pleiteantes a adoção internacional.

O discurso da necessidade de melhor velocidade/aceleração do procedimental até a adoção toma pauta na avaliação entre 3 (três) números em especial: (1) quantidade de crianças e adolescentes inseridas nas entidades de acolhimento institucional; em (2) condição de serem adotadas; e (3) quantidade de adultos habilitados a adotar;

O sítio virtual do SNA - <https://www.cnj.jus.br/sna/estatisticas.jsp?foco=idEstado> - indica no mês de Agosto de 2020, um total de 36.310 (trinta e seis mil trezentos e dez) pretendentes a adoção cadastrados; com 32.945 (trinta e duas mil novecentos e quarenta e cinco) crianças e adolescentes acolhidas, das quais 5.226 (cinco mil duzentas e vinte e seis) estariam na condição de aptas a adoção.



Uma análise simplista faz parecer que cada uma das crianças e adolescentes em acolhimento no Brasil poderia estar inserida em uma família pretendente a adoção. Mesmo observando somente crianças e adolescentes aptas a serem adotadas - 5.226 (cinco mil duzentas e vinte e seis) – o universo de pretendentes abarcaria com folgas o numerário, posto que é cerca de 7 (sete) vezes maior.

Este conjunto de dados produziu uma diagnose quanto à adoção no Brasil, assentando percepções quanto a suas possibilidades e limitações, fomentando toda uma produção doutrinária, jurisprudencial e normativa acerca do tema. Rinaldi (2019) pontua a elaboração de uma “nova cultura da adoção”, em debate construído desde a promulgação do ECA, intensificado pelas alterações da Lei 12.010/19, com participação dos GAAs (Grupos de Apoio à Adoção), entidades ligadas à promoção de direitos da criança e adolescente como o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), o IBDCRIA (Instituto Brasileiro de Direito das Crianças e do Adolescente), e ONGs (Organizações Não Governamentais) como o Terra dos Homens.

Rinaldi (2019) destaca o papel do IBDFAM e da ABJ (Associação Brasileira de Jurimetria) na formação de um “discurso de verdade” quanto a necessidade de mudança na adoção, inclusive por meio de uma revisão da Lei 12.010/09, visando dar mais agilidade ao instituto. É bastante presente a máxima de sua burocracia excessiva e baixa efetividade, havendo mesmo quem afirme que o CNA, ao invés de agilizar a adoção, a teria tornado ineficaz (DIAS, 2017).

Dentro da dissimetria entre a quantidade de adotáveis e pretendentes e a efetivação da adoção, sustentam que a implementação de garantias em favor dos pais consome tempo valioso dos esforços para colocação em família substituta, deslocando crianças a uma faixa etária de “quase inadotabilidade”, estabelecendo conflito entre ampla defesa, devido processo legal e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com questionamento quanto ao exercício da defesa, notadamente na atuação da Defensoria Pública (NUNES, 2015).

Se supostamente não falta quem possa adotar e àqueles podem ser adotados, há outro fator de bloqueio à formalização da adoção: a não correspondência direta entre o perfil pretendido pelo adotante e a criança ou adolescente em condições de ser adotada. Ainda assim, o perfil de preferência dos pretendentes é estabelecido como uma condição marginal e de menor relevo para a inefetividade da adoção, ao passo em que se elabora uma necessidade de breve inserção da criança e do adolescente no SNA, com aptidão para ser adotado:

Se os pretendentes da adoção que ocupam os primeiros 4.782 lugares da fila não entendem porque sua vez não chega e se uma parte da sociedade acredita que a culpa é do perfil dos adotantes, talvez seja o momento de se perguntar por que tantos infantes chegam ao cadastro tão tarde.

Culpabilizar os adotantes brasileiros porque querem apenas bebês meninas brancas e saudáveis é uma falácia. Existem muitas famílias com perfis mais abertos e muitas que, inclusive, mudam totalmente seus perfis após o contato com crianças e adolescentes nas instituições ou com os grupos de apoio à adoção (SOUSA, 2018).



Assim se elaboram justificativas de um discurso para acelerar procedimentos, processos e estratégias, produzindo um numerário de crianças dentro de uma faixa de maior probabilidade de sucesso na adoção, alinhando a oferta de aptos, à demanda gerada pelos pretendentes.

É adotada uma premissa: a imaginada possibilidade de projetar, logo após o acolhimento, a inviabilidade da reinserção familiar, antes mesmo da destituição do poder familiar, face hipóteses de uma “situação em que se encontra bastante evidenciada a impossibilidade de reintegração familiar daquela criança que não merece ficar anos em regimento de acolhimento [...]” (MACEDO, 2018), quando a “chance de retorno ao convívio com a família natural revela-se remota ou mesmo impossível” (PEREIRA, [S.I]).

Tomando por admissível o prosseguir concomitante de uma colocação em família substituta, com o trâmite de um processo de destituição do poder familiar, para Maria Berenice Dias (2017) a entrega da criança ou adolescente acolhido a um pretendente à adoção seria cabível até mesmo antes da propositura de tal ação; feita a retirada, pelo motivo que for, sua disponibilização à adoção precisaria ser imediata.

A complexidade de interesses envolvidos produz uma crítica severa ao tempo para alcance do resguardo à convivência familiar do acolhido, estabelecendo aceite a flexibilização de previsões do ECA e do próprio ordenamento jurídico como um todo. Este modo de entender a questão recebeu acolhida no regramento do SNA, cujo art. 4º do Anexo I da Resolução de nº 289 passou a prever:

Art. 4º O juiz poderá, no melhor interesse da criança ou do adolescente, determinar a inclusão cautelar na situação “apta para adoção” antes do trânsito em julgado da decisão que destitui ou extingue o poder familiar, hipótese em que o pretendente deverá ser informado sobre o risco jurídico. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Toda essa elaboração sustenta uma previsibilidade da falência do processo de reintegração familiar, antecipando os efeitos práticos da destituição do poder familiar por meio da ação própria para tanto. Há, portanto, uma linha de corte a afastar o §7º do art. 101 do ECA, regra de abertura e acesso das famílias de origem a direitos sociais, bem como um afastamento à necessidade de confirmação das hipóteses excepcionais de dissociação da convivência, realidade que se estabeleceria no decorrer do processo próprio de destituição do poder familiar, ante a confirmação de um arranjo entre os artigos 22, 23 e 24 do ECA e 1.635 a 1.638 do CC (Código Civil).

Essas formulações, especialmente quando apoiadas em uma tônica da oferta/demanda, confirmariam alguns dos elementos da Pós-Democracia.

A distância entre a quantidade de pretendentes à adoção e crianças e adolescentes afastados de suas famílias, é apresentado como indicador de verdadeira falência do instituto da adoção, praticamente uma “crise” dessa forma de colocação em família substituta no Brasil. Isso contribui para escamotear a necessidade de uma avaliação profunda da multiplicidade de motivos para tanto, rebaixando uma discussão complexa sob um alarde focado na composição numérica geral do SNA.

A elaboração de um discurso de catástrofe e falência, estimula um descrédito ao sistema da convivência familiar e comunitária como um todo e da adoção em particular, fortalecendo a



ideia da necessidade de reforma aos institutos e deixando de lado questões de relevância. As acepções da Pós-Democracia atuam diretamente na compreensão do próprio direito da criança e do adolescente, veladas numa retórica de crise.

Daí se apresenta como natural a flexibilização de limites e garantias, seja com formulações de caráter interpretativo quanto a direitos expressamente previstos, ou até com a deslegitimação do exercício da defesa. Limites são estabelecidos como entraves, o exercício da posição de defesa se torna um custo alto demais, a lei se torna passiva de ser desconsiderada (CASARA, 2018).

Face as limitações quanto à possibilidade de adotar uma criança ou adolescente cujo poder familiar dos pais ainda é vigente, se produz discurso quanto a imprestabilidade dos limites, produzindo eco na jurisprudência e, na ausência da possibilidade de derrogar de pronto as regras postas, se formulam novas regras ainda que fora do âmbito do Legislativo. É típico o caso da já citada Resolução de nº 289 do CNJ.

O Poder Judiciário na pós-democracia deixa de ser o garantidor dos direitos fundamentais – função que deveria exercer mesmo que para isso fosse necessário decidir contra maiorias de ocasião – para assumir a função política de regulador das expectativas dos consumidores. O direito deixa de ser um regulador social, transformado em mais um instrumento para o mercado, o cidadão torna-se mero consumidor, a alteridade e o diálogo são negados (o verdadeiro diálogo, que nada se parece com os “acordos” extorquidos a partir da instrumentalização da liberdade ou com os falsos consensos produzidos em “delações premiadas” e institutos similares), enquanto os conflitos capazes de gerar lucros são incentivados no ambiente do Sistema de Justiça (CASARA, 2017, p. 35-36).

Neste contexto, ganha espaço a censura a uma atividade pela preservação destes limites. Decorrência disso é a instalação de uma crítica ao exercício da defesa da família de origem nesses processos, em especial por parte da Defensoria Pública⁴, costumeiramente localizada como instituição formadora de entraves, responsável por contribuir para a morosidade, carente de uma racionalização de sua atuação (DIAS, 2017 e NUNES, 2015).

E não se trata aí de crítica apenas à atuação em defesa dos réus ausentes, havidos por revéis em razão de estarem presos ou terem sido citados de modo ficto, oportunidade em que O Defensor Público atua como curador especial. Mesmo a defesa do réu presente, ou os reclamos quanto à adequação do procedimento à legalidade, são tidos, em algumas oportunidades, como inadequados por gerarem um estágio de dificuldades ao breve alcance da adoção.

Exemplo eloquente é a afirmação quanto a prescindibilidade da deflagração de procedimento judicial e contencioso de medida de proteção de acolhimento, dentro do quanto impõe o §2º do art. 101 do ECA. Ali se previu forma, método, limite ao proceder das medidas de proteção de acolhimento.

Não é incomum, contudo, que parcela da doutrina assumia tais limitações como flexíveis (TAVARES, 2019), ou mesmo devidas tão somente em momento posterior, quando do ingresso da ação de suspensão ou destituição do poder familiar (NUCCI, 2018), admitindo medidas de acolhimento sem a dedução específica de uma inicial de medida de proteção por parte do Ministério Público ou outro legitimado. Essa compreensão desorganiza a estrutura procedimental básica formando um processo sem citação dos pais ou representantes legais para



tomar conhecimento formal do expediente e se manifestar, aduzindo suas perspectivas frente o evento de distanciamento familiar.

Mantém assim um procedimento esvaziado da adequada judicialidade, hipótese desautorizada expressamente desde a Lei 12.010/09, com a inclusão do parágrafo único ao art. 153 do ECA, que proíbe medida judicial com atuação de ofício da autoridade judiciária para investigação de fatos, nos casos em que houver afastamento da criança ou do adolescente de sua família, ou procedimento necessariamente contencioso.

É notável o quanto essa sinonímia entre o exercício da função de defesa, preservação de limites e atuação da Defensoria Pública, é, por si só, sintomática de outro elemento característico da Pós-Democracia. Por mais que a Defensoria Pública não se resuma a uma “advocacia para o pobre”, é sabida a associação de sua atuação para a preservação do acesso a justiça, ao “necessitado”, o que “comprova insuficiência de recursos”, como informam o art. 1º da LC 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) e inciso LXXIV do art. 5º da CF/88.

As condições de ameaça ou violação ao direito no âmbito da convivência familiar e comunitária, justificando a impostura de uma medida de proteção de acolhimento, costumeiramente se associam a condição de vulnerabilidade da entidade familiar, tanto assim que o ECA é formatado de modo a, como estratégia inicial, ofertar programas de orientação, apoio e promoção social, visando a manutenção dos vínculos de origem

A família envolvida na medida de proteção de acolhimento, no mais das vezes é credora justamente da efetivação de direitos sociais. Para a lógica neoliberal na qual emerge a Pós-Democracia, está aí o indesejado, pouco útil, oneroso, àquele que demanda do Estado “até mesmo para criar seu próprio filho”. Mais simples – e supostamente mais econômico - que fortalecer essa família, é oferecer um arranjo familiar novo, que não demanda as intervenções de que fala o §7º do art. 101 do ECA. Os interesses envolvidos são enredados na máxima da utilidade, “as ações humanas e as opções econômicas são determinadas por uma ‘maquina de calcular’, sem a interferência dos desejos humanos (CASARA, 2018, p. 49)”.

Opera a repressão, o controle do indesejado dentro de padrões específicos do direito da criança e do adolescente, restringindo o exercício da parentalidade e até mesmo anulando o papel de pai ou mãe. A condição de pai/mãe, o laço original de proximidade, é ponto nodal para desempenho da disciplina, condução, utilidade e negação.

O discurso produzido também se ancora na simplificação de questões complexas. Todo seu espaço de incidência é atravessado por inúmeras questões, fatores e vetores de alta complexidade. Algumas são discutidas em termos simplórios, outras são estrategicamente deixadas de lado, um bom sumário da simplificação é justamente fortalecer a necessidade de aceleração da entrega do acolhido a uma família substituta por conta da avaliação da proporção numérica de pretendentes a adoção. A flexibilização dos limites, com a antecipação dos efeitos de uma destituição do poder familiar face a antecipação de uma certeza pela impossibilidade de retorno à família, também espelha essa característica.

A simplificação chega mesmo a ser arbitrária, basta notar a pouca atenção ao querer das próprias crianças e adolescentes. A composição do SNA observa somente preferências dos



pretendentes à adoção, sem catalogar quaisquer dados quanto ao desejo das crianças e adolescentes em relação a família no qual poderiam se ver futuramente vinculadas.

Algumas questões podem ser levantadas para demonstrar a impropriedade de lidar com o tema sob o viés da simplificação, mesmo para discutir os quantitativos de pretendentes e acolhidos, ou a situação da baixa velocidade/efetividade da adoção em Brasil.

A análise dos números do SNA não conduz tão facilmente a ideia de falência do instituto da adoção, caso se leve a consideração as preferências dos pretendentes frente o universo de crianças e adolescentes aptas a adoção. Dos cerca de 30.000 (trinta) mil dos pretendentes à adoção, aproximadamente 7.600 (sete mil e seiscentos) pretendem adotar crianças ou adolescentes com idade entre 0 (zero) a 2 (dois) anos; 12.200 (doze mil e duzentos) com idade até 4 (quatro) anos e 10.200 com idade até 6 (seis) anos. Há, portanto, uma predileção dos pelo período da primeira infância⁵, composto por 978 (novecentos e setenta e oito) crianças de 0 a 3 anos de idade e 739 (setecentas e trinta e nove) de 3 a 6 anos dentre as mais de 5.000 (cinco mil) crianças e adolescentes já em condições de serem adotadas.

São inadequadas análises fragmentárias da convivência familiar e comunitária, com forte assento na perspectiva dos pretendentes à adoção, ignorando que o desacordo das expectativas dos adotantes para com a realidade (LIMA, 2019) não deve estimular fórmulas para modificar o perfil das crianças e adolescentes aptas a colocação em família substituta.

A fórmula de acolhimento dentro de uma estrutura familiar temporária – acolhimento familiar de que fala o inc. VIII do art. 101 do ECA – ainda não conta com a melhor eficiência em Brasil. Estaria aí uma estratégia para produzir aproximação entre a saída do ambiente institucional de acolhimento e o prosseguir das estratégias de fortalecimento da entidade familiar, oportunizando o retorno. A título de exemplo, a cidade de Salvador, 4ª maior capital do país, a despeito de possuir lei municipal instituindo o programa desde o ano de 2016, ainda em 2020 o vê caminhar de modo incipiente⁶.

O ECA prevê meios para acelerar a tramitação dos processos de destituição do poder familiar, firmando prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para sua conclusão. O regramento em questão é corriqueiramente descumprido, disso não decorrendo qualquer tipo de consequência, sequer se prestando a fomentar uma melhor estruturação do judiciário para seu atendimento. O discurso analisado aborda a questão com curioso caráter de naturalização, sem maior controvérsia.

Características da Pós-Democracia se entrelaçam e retroalimentam: há desvalor aos limites impostos e crítica a quem os afirma e defende, justamente por tais limites servirem aos tidos por indesejáveis, pouco úteis à racionalidade neoliberal, que preleciona o empreendedor de si mesmo, o vencedor da competição meritocrática. Tudo sustentado numa leitura de mundo fincada em bases mercadológicas, numéricas, reificadoras, que processam o real através da simplificação de questões complexas, se bastando na superfície dos interesses, pois é urgente alcançar soluções, resultados, produtos. A relação pai/mãe/filho/convivência é a *commodity* da vez, é impositiva a sua circulação, a descoberta de seu valor de troca.

Ignorar estes fatores na esteira da Pós-Democracia, é adotar de modo pouco refletido a racionalidade neoliberal de codificação da existência, autorizando a demarcação de um discurso



jurídico na ausência do direito. Mbembe (2018, p. 11) já afirmava sobre essa capacidade de significação:

O neoliberalismo é a época ao longo da qual o tempo curto se presta a ser convertido em força reprodutiva da forma-dinheiro. Tendo o capital atingido o seu ponto de fuga máximo, engrenou-se um movimento de escalada, baseado na visão segundo a qual “a todos os acontecimentos e todas as situações do mundo da vida (pode) ser atribuído um valor no mercado”. Esse movimento também se caracteriza tanto pela produção da indiferença, a paranoica codificação da vida social em normas, categorias e números, quanto por diversas operações de abstração que pretendem racionalizar o mundo a partir de lógicas empresariais. Assombrado por uma dupla desgraça, o capital, sobretudo financeiro, define-se agora como ilimitado, não só do ponto de vista dos seus fins como também dos seus meios. Já não dita apenas o seu próprio regime de tempo.

A colocação em família substituta é contraparte de evento que retira a condição de pai ou mãe de outro humano. Traçar um discurso em torno destes eventos, confirmando estruturas intelectuais da Pós-Democracia e associando o direito da criança e do adolescente a lógica neoliberal, subverte a proposta constitucional de modificação da realidade pela superação de desigualdades e preservação de direitos.

Conclusão

O cruzamento entre medidas de proteção de acolhimento e a colocação em família substituta na forma de adoção, revela campo de intenso debate no Direito da Criança e do Adolescente, seja no âmbito doutrinário, jurisprudencial, ou mesmo legislativo, dadas as intensas modificações do ECA ao longo das últimas 2 (duas) décadas, com discussões ainda em voga quanto à modificações dessa natureza.

É nesse contexto que se forma e realiza um discurso quanto à necessidade de tornar mais veloz/eficiente o caminho desde o acolhimento até a adoção, pautado nos coeficientes numéricos de crianças e adolescentes em situação de acolhimento e adultos desejosos de adotar.

A opção de espelhar o tema nas articulações da Pós-Democracia atende a uma análise do direito que dialogue com o atual contexto político e social do Brasil, demarcado pelas vertentes do neoliberalismo, com intenso debate quanto ao papel do Estado e seus limites, meios e possibilidades na efetivação de direitos sociais, especialmente face a segmentos mais sensíveis, destinatários de proteção especial e prioritária.

Assumo por necessário o aprofundamento das avaliações em matéria de convivência familiar como modo de escapar a um reducionismo que silencia a origem e o presente da criança e do adolescente, na promessa de um futuro promissor, prática com potencial para sedimentar desigualdades que o direito se comprometeu a combater. Refuto, assim, qualquer aceção messiânica, evitando converter compreensões do ECA em um exercício egóico de salvação, um ato de heroísmo.

As noções de crise como uma estratégia de supressão de questionamentos, simplificação de abordagens complexas, tensionamento de limites em prol de uma melhor eficiência na produção de resultados, estimulando a caracterização de pessoas indesejáveis, pouco produtivas



a uma acepção mercadológica e eficientista de mundo, aproximam o discurso observado de algumas das elaborações da Pós-Democracia, filtrando a convivência familiar na racionalidade neoliberal.

Confirmar itens da Pós-Democracia não quer dizer que o sistema atual seja ideal, ou que não seja devido um debate com vista à melhora de sua velocidade/eficiência, também não se ignora a importância da avaliação dos quantitativos numéricos do SNA e do déficit entre pretendentes a adoção e potenciais adotados.

Penso indispensável, contudo, fazer esse debate em associação a proposta emancipatória e de diminuição das desigualdades sociais que anima a formação do sistema jurídico desde a CF/88. Este modo de organizar e realizar o direito refuta a ótica neoliberal da qual a Pós-Democracia é credora, na qual o Estado exerce papel regulatório não na busca pela igualdade, mas pelo compromisso com a reprodução e acumulação do poder econômico, mecânica de desvalorização do vulnerável.

Como procurei demonstrar, há questões na análise e crítica do percurso entre o acolhimento até a adoção, cujas considerações se prestariam a evitar um dado processo de rebaixamento de direitos. Se há necessidade de mudança, há motivos e argumentos que não a busca por uma eficiência máxima dentro de uma racionalidade neoliberal que esvazie a busca pela efetivação de direitos sociais e preservação de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Com isso se evitaria regredir crianças e adolescentes de sujeitos a objetos, subvertendo a própria base teórica de seus direitos na contemporaneidade: a Doutrina da Proteção Integral.

Referências bibliográficas

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. Livro eletrônico. Edição do Kindle. ISSN 978-85-200-1349-6.

CASARA, Rubens R.R. *Sociedade sem lei: Pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Livro eletrônico. Edição do Kindle. ISSN 978-85-200-1381-6.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 289*, de 14 de Agosto de 2019. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - SNA e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2976>>.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto: questões jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Livro eletrônico. ISSN 978-85-203-7265-4.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

LIMA, Mariana. Adoção no Brasil: a busca por crianças que não existem. *Observatório do terceiro setor*, 28 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/observatorio3setor.org.br/carrossel/adocao-no-brasil-a-busca-por-criancas-que-nao-existem/amp/>>. Acesso em: 03 de nov. de 2019.

LOPES, Emília. *Os filhos do estado: a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2016.



MACEDO, Sandra da Hora. *Reflexões sobre a suspensão do poder familiar e colocação em família adotiva antes do trânsito em julgado da ação de destituição de poder familiar*. Caderno IEP/MPRJ, v. 1, n. 1, junho/2018. Disponível em: <http://iep.mprj.mp.br/documents/221399/353479/Reflexoes_sobre_suspensaoSandra_Macedo_Caderno_IEP_MPRJ_Junho_2018.pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.

MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. n-1 edições, 2018. Livro eletrônico. Edição do Kindle

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: Editora Forense, 2018.

NUNES, Marcelo Guedes. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: Uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. São Paulo: ABJ, 2015. <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/02/ABJ_tempo_dos_processos_de_adocao_no_brasil-1.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

PEREIRA, José Antonio Borges. *Tutela provisória de urgência de natureza cautelar incidental para o início do estágio de convivência de crianças/adolescentes institucionalizadas mediante concessão de guarda para fins de adoção*. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/478c37_f903c430fc5443579ce760ae47b3e336\(1\).pdf](http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/478c37_f903c430fc5443579ce760ae47b3e336(1).pdf)>. Acesso em 02 jun. 2019.

RINALDI, Alessandra de Andrade. *Adoção: políticas para a infância e juventude no Brasil?* ISSN 1984-6487 / n. 33 - dic. / dez. / dec/ 2019 - pp. 273-294 / Rinaldi, A. / <www.sexualidadesaludysociedade.org>. Acesso em 15. mai. 2020.

SANTOS, Alexandre Aparecido dos. SILVA, Rosangela da. *A construção da desconfiança e a crise da democracia: mídia e política no Brasil contemporâneo*. em: Rev. Cadernos de Campo Araraquara n. 25 p. 63-85 jul.dez. 2018 E-ISSN 2359-2419. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/11545>>. Acesso em 23. mai. 2020.

SANTOS, Milton. *Meio ambiente construído e flexibilidade tropical*. Em: SANTOS, Milton. Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico-científico-internacional. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SOUSA, Lyvia Paes Rangel. *A incessante busca pela família biológica*. Caderno IEP/MPRJ, v. 1, n. 1, junho/2018. Disponível em: <http://iep.mprj.mp.br/documents/221399/353479/A_incessante_Busca_Lyvia_Paes_Rangel_de_Sousa_Caderno_IEP_MPRJ_Junho_2018.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

TAVARES Patrícia Silveira. *Medidas de proteção*. Em: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva jus, 2019.

¹ O acolhimento familiar não se confunde com família substituta. É medida de proteção cuja execução se dá no ambiente de uma família e não dentro de uma entidade de acolhimento. Como medida de proteção que é, tem por característica o trabalho visando retorno à família de origem e preservação de seus vínculos, sendo igualmente transitória e excepcional, tal qual o acolhimento institucional.

² Os discursos sob análise se formaram diante dos dados então constantes nos Cadastros Nacionais, até mesmo em razão do caráter recente de formulação do SNA. Os dados atualmente disponíveis no SNA, mantêm linha geral de semelhança às proporções dos dados antes disponíveis no CNA e CNCA, induzindo a possibilidade de seu uso para as avaliações produzidas.

³ Há quem prefira nomear a 12.010/09 de Lei Nacional da Convivência Familiar e Comunitária, opção que parece mais adequada face a extensão das mudanças realizadas, nesse estudo, opto pela expressão mais comumente utilizada: Lei Nacional de Adoção.



⁴ Ainda no mês de Maio de 2020, durante o Iº Seminário de Adoção, organizado pelo IBDFAM, tamanhas foram as críticas ao papel desempenhado pela Defensoria Pública nos processos afetos a convivência familiar e comunitária, acolhimento e adoção, que a Comissão de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente do CONDEGE (Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais) emitiu nota de esclarecimento.

⁵ Conforme o art. 2º da Lei 13.257/16, “considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.”

⁶ Em Salvador vige desde o ano de 2016 a Lei Ordinária Municipal 9015, instituindo o Programa Família Acolhedora, cuja efetivação e inscrição de famílias somente teve início no ano de 2020.



A Atuação da Defensoria Pública na Defesa de Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência

The Performance of Public Defense in the Defense of Children of Children and Adolescents Victims of Violence

Ana Carolina Oliveira Golvim Schwan

Defensora Pública do Estado

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

acschwan@defensoria.sp.def.br

Resumo

No presente artigo busca-se demonstrar a indelegabilidade do exercício da função da Defensoria Pública em exercer o papel de prestadora da assistência jurídica a crianças e adolescentes vítimas de violência e como fazê-lo coletiva e individualmente. Inicialmente, traz-se dados da violência contra crianças e adolescentes no Brasil, evidenciando a necessidade urgente de efetivar-se a proteção e defesa deste grupo vulnerável. Posteriormente, trazemos os fundamentos legais e doutrinários do reconhecimento deste público como sujeitos de direitos, em especial do direito à assistência jurídica, vez que instrumental para a garantia de todos os demais e a indeclinabilidade de a Defensoria Pública ser a instituição legítima para o cumprimento deste papel, não sendo possível a alegação da reserva do possível para não efetivá-lo. Por fim, elucidamos como os Defensores Públicos podem atuar no âmbito coletivo e dos casos individuais.

Palavras – chave: Crianças e adolescentes. Vítimas de violência. Direito à assistência jurídica.

Abstract

This article seeks to demonstrate the need for recognition by the Public Defender as the institution that should exercise the role of providing legal assistance to children and adolescents who are victims of violence and how to do it collectively and individually. Initially, data on violence against children and adolescents in Brazil are presented, highlighting the urgent need to carry out the protection and defense of this vulnerable group. Subsequently, we bring the legal and doctrinal foundations for the recognition of this public as subjects of rights, in particular legal assistance as an instrument for guaranteeing all the others and the indeclinability of the Public Defender's Office being the institution to exercise this role, not being possible the allegation of the reserve of the possible not to effect it. Finally, we clarify how Public Defenders can act at the collective level and in individual cases.

Keywords: Children and adolescents. Victims of violence. Right to legal assistance.



1. A violência contra crianças e adolescentes no Brasil

A violência tem impactado cada vez mais a vida de crianças e adolescentes, sendo hoje junto com os acidentes e o suicídio, uma das principais causas de morte deste público. As agressões são as que mais matam crianças e adolescentes a partir dos 10 anos¹. E a violência mais atendida nas unidades de saúde, contra crianças e adolescentes de 0 a 13 anos, é o estupro.²

Analisando os dados obtidos pelo Disque 100, o Balanço de 2019, realizado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, apontou que o grupo vulnerável de maior número de denúncias registradas no ano de 2019 foram as crianças e adolescentes, correspondendo a cerca de 55% do total³.

O Disque 100 registrou em 2019 um total de 86.837 denúncias de violações de direitos humanos contra crianças e adolescentes.

A violência praticada contra esse público se apresenta em diferentes formas de práticas, sendo as principais negligência, violência psicológica, física, sexual, institucional, e exploração do trabalho.

O mesmo documento aponta que 52% dos casos de violência ocorreram na casa da vítima, sendo que o pai e a mãe aparecem em 58% das denúncias como suspeitos das violações.

Isso evidencia a grande vulnerabilidade que este público está exposto, visto que na maioria dos casos as pessoas que deveriam exercer papel de proteção são as violadoras de seus direitos e praticantes da violência. Junta-se a isso o fato de que, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da relação de hierarquia com o agressor, muitas vezes sequer têm consciência de que estão na situação de vítima ou quando têm, não conseguem denunciar.

Além disso, não podemos ignorar que, ainda que no anseio de proteção, os próprios órgãos do Sistema de Garantia de Direitos⁴, ao receberem casos de violência contra crianças e adolescentes, muitas vezes acabam revitimizando-as e atuando com enfoque investigativo, colocando nelas a carga do ônus da prova para responsabilização do acusado ao invés da atuação acolhedora e protetiva com olhar para suas necessidades e potencialidades.

Por esta razão, imprescindível que todos que integram o Sistema de Garantia de Direitos empreendam esforços para atuar preventivamente nestes casos e também no acolhimento dessa criança e adolescente vítima de violência na perspectiva de fazer cessar a situação, garantindo que nenhum outro direito seja violado.

2. O direito à assistência jurídica de crianças e adolescentes vítimas de violência e a imprescindibilidade desta função ser exercida pela Defensoria Pública

A Constituição Federal Brasileira de 1988, inspirada na Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU, de 1959, e na Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989, ao qual o Brasil é signatário⁵, adotou a Doutrina da Proteção Integral em seu art. 227, reconhecendo que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e que estes devem ser garantidos com prioridade absoluta pela família, pela sociedade e pelo Estado, criando uma corresponsabilidade nesta obrigação.



O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, por sua vez, reafirmou a Doutrina da Proteção Integral como orientadora do tratamento dado a crianças e adolescentes, estabelecendo no art. 4º que precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e na execução de políticas públicas, preferência na destinação de recursos públicos, são as formas de implementação do comando constitucional da prioridade absoluta. Esta determinação é reforçada pelo Decreto nº 9.603/18 que é específico para a temática de crianças e adolescentes vítimas de violência.

É certo que reconhecer que crianças e adolescentes são sujeitos de direito implica em garantir-lhes o direito de participar de todos os processos cuja decisão afete seus interesses. Participação esta que não pode ser limitada a um ato de oitiva, devendo ser possibilitado que eles possam influir na construção da decisão que lhes diga respeito, se manifestar, apresentar teses, produzir provas. E para tanto, imprescindível ter garantida assistência jurídica como qualquer sujeito de direitos, vez que esta é instrumental à efetivação dos demais. Do contrário, a postura de impedir a participação da maneira aqui defendida seria desrespeitar o art. 227 da CF e o ECA.

Nesse sentido, Bruno César da Silva:

Assim, pontua-se que para efetivar o direito a participação processual deve-se garantir procedimentos de informação e de efetiva participação, tendo-se também em conta a necessidade de representação processual específica para a defesa jurídica dos direitos e interesses de crianças e adolescentes, levando-se em consideração o que efetivamente pretende a criança.⁶

Esta conclusão é muito bem explicada por Ricardo C. Pérez Manrique:

Se identifica tal certo com el principio del derecho a la defensa material, que supone no sólo el derecho a ser oído, expresar su opinión, sino el sentido más lato de ser partícipe del proceso, participar em la construcción de la decisión final del caso, formular alegaciones, ofrecer prueba, estar protegido de la indefensión.⁷

Ou seja, deve ser garantido à criança e ao adolescente um defensor não só para, no exercício da capacidade postulatória, colocar a manifestação de vontade daqueles e realizar seus requerimentos nos autos, mas também prestar a eles todas as informações necessárias, respeitando sua capacidade de entendimento.

Este direito está positivado no art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU⁸ e no art. 141, *caput* do ECA⁹.

O microsistema legal que trata dos direitos de crianças e adolescentes vítimas de violência é ainda mais específico, não dando margem para interpretações diversas, prevendo expressamente que eles têm direito à assistência jurídica.¹⁰

Vale acrescentar que a omissão na garantia e efetivação do direito à assistência jurídica para crianças e adolescentes ou mesmo a falta de estruturação das instituições para prestação de um atendimento adequado e humanizado podem consubstanciar verdadeira violência institucional, nos termos do art. 4º, inciso IV, da Lei nº 13.431/17.

E assim temos que o Estado deve envidar esforços para efetivar o direito à assistência jurídica a crianças e adolescentes vítimas de violência, sob pena de incorrer em violência institucional.



Ademais, cumpre recordar que todo ato de violência praticado contra crianças e adolescentes infringe diretamente sua dignidade humana, que em seu substrato material tem como principais corolários os direitos à igualdade, à liberdade, à integridade psicofísica e à solidariedade.¹¹

Além disso, a garantia de acesso à justiça, segundo a renomada doutrina de Ana Paula de Barcellos, é componente do chamado mínimo existencial da dignidade humana, ao lado da educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados. E justamente por integrar o núcleo do mínimo existencial, a efetivação desse direito a público detentor de prioridade constitucional absoluta não deve ser submetida aos critérios de conveniência e oportunidade, assim como não pode sua implementação ser postergada sob a alegação da reserva do possível, vez que se trata do mínimo a ser efetivado para a proteção da dignidade humana.¹²

Pela não possibilidade de alegação de reserva do possível quando se tratar de direito integrante ao mínimo existencial, já decidiu o STJ:

É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014 (informativo 543).

E não restam dúvidas de que tem uma instituição própria para exercer este papel que é a Defensoria Pública.

A Defensoria Pública é a instituição criada pela Constituição Federal de 1988 como a responsável, como expressão e instrumento do regime democrático, pela 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.¹³

Na Lei Complementar nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública, o art. 4º, XI, prevê expressamente que é função institucional a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, estando tal função incumbida à Defensoria Pública também nos artigos 141, *caput* e §1º do ECA e 18, §1º da Resolução nº 299/19 do CNJ.

Logo, indiscutível que crianças e adolescentes vítimas de violência têm direito a assistência jurídica e que esta será exercida pela Defensoria Pública, de forma direta ou indireta através de convênios, não havendo a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível para não efetivação do direito em tela, vez que se trata da única prioridade absoluta prevista constitucionalmente, devendo prevalecer quando em conflito com a defesa de outros grupos vulneráveis.



Demonstraremos nos capítulos abaixo como pode se dar a atuação dos Defensores Públicos na temática, coletiva e individualmente.

3. Atuação da Defensoria Pública coletivamente

Na infância e juventude, reconhecidamente a atuação articulada em rede dos atores do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente é imprescindível para efetivação de direitos e garantias, na forma do art. 86 e seguintes do ECA e Resolução nº 113/06 do CONANDA.

Ao tratar do atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência, tanto a Lei nº 13.431/17 quanto o Decreto nº 9.603/18 reforçaram essa metodologia do trabalho articulado em rede, destinando a lei, a partir do art.13, um capítulo específico para a integração da política de atendimento, com diretrizes de atuação. O Decreto, por sua vez, desenha de forma mais detalhada como o Sistema de Garantia de Direitos deve se organizar para alcance do atendimento qualificado.

Determina o Decreto no seu art. 9º que os órgãos, serviços, programas e equipamentos públicos devem, no prazo de 180 dias de sua publicação: (a) criar um comitê de gestão colegiada para o fim de articular, mobilizar, planejar, acompanhar e avaliar as ações da rede intersetorial e colaborar com a definição de fluxos e aprimoramento das atuações; (b) definir o fluxo de atendimento; e (c) criar grupos intersetoriais locais para a discussão, acompanhamento e encaminhamento de casos de suspeita ou de confirmação de violência contra crianças e adolescentes.

A Defensoria Pública compõe o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, integrando o eixo da defesa, cujos órgãos são responsáveis por garantir o acesso à justiça, que, segundo a Defensora Pública Daniele Bellettato “não se trata de mero acesso à justiça, mas a toda ordem jurídica, judicial ou extrajudicialmente. Neste eixo, deve-se zelar pela intersetorialidade e multidisciplinariedade das políticas públicas, eis que a atuação coordenada e descentralizada do SGD é forma essencial de garantir direito.”¹⁴

Como vimos acima, conforme art. 4º, XI da Lei Complementar nº 80/94, é função institucional da Defensoria Pública exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos de crianças e adolescentes e tem como objetivo, na forma do art. 3º,II, da citada lei, promover prioritariamente a solução extrajudicial dos litígios.

Assim, temos que, do aspecto institucional, devem as Defensorias Públicas estabelecerem protocolos de atendimento de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência seguindo as orientações legais e técnicas pertinentes, estruturando-se para tanto, além de promoverem a capacitação recorrente de seus membros e servidores nesta temática.

Ademais, cada Defensor Público com atribuição em infância e juventude deve, no território em que atua, mapear quais os equipamentos, serviços, órgãos e programas disponíveis para atender os casos em tela, bem como se apropriar se já foi criado o comitê de gestão e estabelecido fluxo intersetorial, o que já foi feito nacionalmente pelo CONDEGE e deve servir de base para os fluxos estaduais e municipais, com as adaptações às realidades da rede de proteção.¹⁵



Dessa análise, podem surgir atuações extrajudiciais de articulação para criação do comitê, para estabelecimento dos fluxos internos de cada setor, bem como o intersetorial, ou ainda, se já criados, de promoção do fortalecimento deles, potencialização dos equipamentos, serviços e programas disponíveis, mobilização para fortalece-los e equipá-los adequadamente quando necessário.

Aqui, vale trazer que é muito importante o Defensor Público estimular a atuação articulada da rede de proteção, participando de reuniões, discutindo casos, realizando atividades de educação em direitos, promovendo debates de forma horizontal e compartilhada, analisando, estipulando e trabalhando conjuntamente com a rede as necessidades do local, criando metas e cronogramas para seu alcance, as atividades necessárias para tanto, distribuição de tarefas, dentre outras maneiras.

E sobre a educação em direitos, tarefa tão importante que neste tema pode até fazer uma vítima identificar que está nessa situação, importante a fala da já citada colega Defensora Pública Daniele Bellettato Nesrala:

Outro instrumento essencial que deve ser utilizado pelos membros do Sistema de Justiça é a educação continuada em direitos. Isso não significa apenas cursos de capacitação e reciclagem para os atores do SGD. Vai além, implica formar os próprios cidadãos envolvidos nos conflitos enfrentados pelo SGD, ou seja, crianças, adolescentes, suas famílias, a comunidade. Os agentes do SGD, antes de serem servidores públicos lato sensu, são cidadãos que também vivem numa comunidade, com suas famílias.¹⁶

Não sendo eficaz a atuação extrajudicial, então devemos nos utilizar das ações judiciais para cumprimento da lei, na forma da Lei nº 7.347/85.

Ressalta-se que não se buscou esgotar as formas de atuação coletiva, vez que a realidade de cada local é muito variada e dinâmica, pretendendo-se apenas trazer possibilidades de ações.

4. Atuação da Defensoria Pública nos Casos Individuais

No atendimento de casos individuais talvez seja onde as maiores dificuldades surjam e algumas premissas são importantes.

A primeira é a de que o olhar sobre a vítima deve ser global, analisando-se todas as medidas e encaminhamentos necessários para o seu acolhimento e cuidado, seja na seara cível seja na criminal, respeitando-se sempre a sua vontade.

Dois aspectos práticos devem ser ressaltados com relação à formalidade do atendimento. Enquanto sujeitos de direito e sendo certo que em muitos casos os responsáveis são os autores da violência, as crianças e adolescentes devem ser atendidos independentemente de estarem acompanhados de um responsável.

Além disso, não deve ser exigida comprovação de renda nem do adolescente nem de seu responsável, quando acompanhado, em razão de ser direito em tela da criança e do adolescente e estarem em situação de vulnerabilidade pela situação vivenciada.

Outro ponto importante é quando a revelação espontânea da violência surge durante o atendimento na Defensoria Pública. Caso a pessoa que seja destinatária da revelação espontânea



não tenha capacitação para realizar a escuta protegida, deve apenas ouvir com atenção o relato, sem intervir, registrando fidedignamente a fala e encaminhando para o local da rede indicado no fluxo para proceder a escuta especializada.

Frisa-se que este tópico não tem como escopo abordar regras técnicas para escuta especializada e depoimento especial, que podem ser encontradas na legislação aqui citada e nos documentos orientadores, como por exemplo, Protocolo de Entrevista Forense, Parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência, da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Parâmetros de atuação do Sistema Único de Assistência Social no sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, dentre outros.¹⁷ Busca-se apenas iniciar a reflexão sobre pontos importantes relacionados a atuação específica dos Defensores Públicos e que poderão gerar dúvidas.

Durante os atendimentos, é muito importante atentar para não praticar atos de revitimização, não realizar entrevista com perguntas investigativas, se limitando a questionar o que for imprescindível para as tomadas de medidas cabíveis, se valendo sempre que possível dos relatos feitos pelos demais órgãos pelos quais a criança/adolescente já passou, na forma do art. 9º, §2º do decreto 9.603/18, seguindo, ainda, todas as orientações dos documentos orientadores.

O que pode gerar maiores controvérsias na atuação em casos individuais é sobre a natureza da atuação do Defensor nestes casos.

E aqui é preciso separar duas situações, uma em que a vítima não consiga exprimir sua vontade manifestamente, seja pela idade ou outro fator, e outra em que a vítima consegue se expressar.

E para a análise da capacidade de exprimir vontade, trago a ideia de autonomia progressiva, que vem remodelar os conceitos de capacidade e incapacidade do Direito Civil. De acordo com a ótica proporcionada pela autonomia progressiva, a capacidade da criança para exercício de seus direitos deve ser aferida não apenas pela idade, mas também pelo seu grau de maturidade e discernimento.

Segundo, Adriana Goulart de Sena Orsini, Cibele Aimée de Souza e Lucas Jeronimo Ribeiro da Silva, citando Pellegrini:

(...)sobre a concepção de maturidade da criança incidem fatores de tipos biológicos, psicológicos e sociais, variando conforme a idade, o nível de estímulos, o marco social e cultural nos quais cada criança se desenvolve. Dessa maneira, nem todas as crianças deixam de sê-lo com a mesma idade e do mesmo modo. Seria verdadeiro contrassenso imaginar que o desenvolvimento ocorresse de forma linear e realmente compartimentado em idades ou centímetros. A autonomia progressiva está melhor associada à evolução das faculdades da criança e a maior competência para a realização de certas atividades, menor necessidade de direção e orientação por parte dos adultos e um incremento da capacidade de assumir resultados. Somado a isso, a autonomia dependeria também de qual direito se busca efetivar e as consequências de exercê-lo.¹⁸

Entendemos, portanto, que para avaliação sobre a capacidade de manifestação de vontade deve ser utilizado o critério da autonomia progressiva.



Tal diferenciação – notadamente entre crianças que conseguem se expressar e crianças que não conseguem fazê-lo – é determinante para se distinguir as possíveis formas de prestação da assistência jurídica pela Defensoria Pública, que não deverão ser confundidas com o exercício da mera curadoria especial.

Na assistência jurídica de crianças e adolescentes vítimas de violência, quando estes não conseguirem, por algum motivo, expressar sua vontade, é certo que, na prática, o Defensor atuará de forma muito semelhante ao curador especial. Porém, quando manifestamente declarar sua vontade, o Defensor estará no papel de defesa dos interesses manifestos da criança e do adolescente, e não de curador especial. Explica-se. Aqui o Defensor atua como verdadeiro representante processual da vítima, representando seus interesses. A atuação do curador especial independe de qualquer contato prévio com o curatelado, de modo que tal atuação não expressa ou representa a vontade real do curatelado, refletindo apenas uma formalidade. O curador não tem por função representar a vontade do curatelado, mas tão somente, assegurar aspectos legais.

Outra dúvida que pode surgir é se esta função se confunde com a representação do assistente de acusação. Ao nosso entender, estas figuras não podem ser confundidas.

No processo penal, nas ações penais públicas em que o Ministério Público denuncia o réu, a vítima não figura como parte, exercendo um papel de colaboradora do juízo quanto aos fatos.

Nestes casos, para assumir a qualidade de parte, deve ingressar como assistente de acusação¹⁹, figura prevista no art. 268 do CPP, podendo intervirem como tais tanto o ofendido, como seu representante legal, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Logo, o primeiro ponto de diferenciação é que nem sempre a assistência à acusação será exercida pela vítima direta.

E enquanto parte, destaca-se que se trata de parte secundária. Nas lições de Aury Lopes Jr.²⁰:

O assistente da acusação é uma parte secundária, acessória, contingencial, pois o processo independe dele para existir e se desenvolver. É assim, recorrente dizer-se que sua natureza jurídica é a de parte contingente, secundária. É uma parte, mas não a principal, pois sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público.

O assistente à acusação pode requerer provas, interpor recursos, arrazoar o recurso interposto pelo MP, realizar debates orais, requerer perguntas às testemunhas, na forma do art. 271 do CPP.

Assim, temos que é uma parte acessória e que intervém no processo quando requer através de advogado ou Defensor Público. Logo, para tanto, imprescindível a manifestação de vontade.

Já o defensor da criança/adolescente vítima atuará no processo penal apenas para zelar para que todos os direitos e garantias legais destes sejam assegurados, como a não revitimização, concordância com o depoimento especial, ficar em silêncio, passar pelo depoimento tradicional, não ter contato com o agressor, ter o protocolo de escuta forense observado, impugnar perguntas prejudiciais, dentre outras. O enfoque aqui é a garantia de direitos, que pode perpassar ou não



pela responsabilização do acusado, já tendo profissionais com competência atribuída pela Constituição Federal e pelas leis para tanto, que são o juiz e o promotor criminal. Até porque a centralização na responsabilização do acusado pode ensejar a colocação do peso do ônus da prova na vítima e sua conseqüente revitimização, sendo contraditório seu Defensor atuar nesta perspectiva.

Agora, quando esta vítima expressar manifestamente o desejo de intervir como assistente de acusação, esta função pode se somar a atuação enquanto assistente jurídico, mas não se confundam. E então cada Defensoria Pública terá que decidir conforme sua organização interna quem será o membro que exercerá a representação do assistente à acusação, se o que tem atribuição criminal ou o que tem atribuição infância e juventude.

É uma atuação complexa e que foge a habitualidade do cotidiano dos Defensores Públicos, razão pela qual não pretende, este trabalho, esgotá-la e aprofundá-la, vez que deverá ser constantemente aprimorada.

5. Conclusão

A violência contra crianças e adolescentes ocupa cada vez mais espaços alarmantes nos dados oficiais, demandando uma atuação forte dos atores do Sistema de Garantia de Direitos, sob pena de incorrerem em violência institucional.

As crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência como amplamente demonstrado têm direito a assistência jurídica e este papel deve ser desempenhado pela Defensoria Pública, que deve estruturar-se com protocolos de atendimento para atender estas demandas.

Isso porque estas demandas, tanto pela perspectiva do direito material quanto instrumental de acesso à justiça, integram o mínimo existencial da pessoa humana não estando sob o crivo de discricionariedade do Estado para efetivá-las, não sendo passível de não implementação por questões orçamentárias.

A atuação extrajudicial coletiva tem um potencial muito forte e algumas formas de exercê-la foram demonstradas, como a articulação da rede de proteção, educação em direitos, elaboração de fluxos e a participação no comitê de gestão, partindo-se para ações judiciais coletivas apenas quando infrutífera a via cooperativa.

Com relação ao atendimento individual, muitos são os desafios, por ser uma atividade não comum ao cotidiano de Defensores Públicos, em especial a participação no depoimento especial. Algumas premissas são importantes para este atendimento, como não submissão à avaliação financeira, atendimento independente de estar acompanhado de responsável, olhar global para as necessidades da criança/adolescente vítima, não revitimização. E a capacitação constante é imprescindível para o exercício adequado desta função.

Um dos grandes questionamentos desta temática é com relação ao papel processual do Defensor que realiza a assistência jurídica da criança/adolescente vítima de violência, que, a nosso entender, em regra, não será de curador especial nem de representante do assistente de acusação, sendo um representante dos interesses da criança/adolescente, com foco na garantia de direitos.



O desempenho desta função é desafiador, demandando constantes capacitações e aprimoramento de fluxos e protocolos. Porém, a complexidade não pode dar margem para uma omissão dos Sistema de Garantia na efetivação deste direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DA SILVA, Bruno César, Defensoria Pública e a participação processual de crianças e adolescentes, Ed. Lumen Juris, 2016, página 128.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez, *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes, Justicia Y Derechos del Niño*, número 8, Santiago de Chile, UNICEF, 2006, página 252.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana, Ed. Renovar, 2003, Páginas 81-117.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana, 2ª edição, Editora Renovar, 2008, páginas 272-278.

NESRALA, Daniele Bellettato. Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes: técnicas de governança como instrumento de acesso à justiça pela via dos direitos, Ed. D'Plácido, páginas 49 e 106.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. SOUZA, Cibele Aimée de. SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídico e institucionais: breves discussões, Direito da Criança e do Adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infanto-juvenil, Ed. D'Plácido, pág.91-92.

JR., Aury Lopes. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, 7ª Edição, Volume II, Ed. Lumen Juris, página 54.

¹ <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sim/cnv/obt10uf.def>

² http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto_violencia_saude_crianças_adolescentes.pdf

³ https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/ouvidoria/Relatorio_Disque_100_2019_.pdf

⁴ Resolução nº 113 de 2006 do CONANDA, que dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, que constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

⁵ Decreto nº 99.710/90

⁶ DA SILVA, Bruno César, Defensoria Pública e a participação processual de crianças e adolescentes, Ed. Lumen Juris, 2016, página 128.



⁷ MANRIQUE, Ricardo C. Pérez, *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*, *Justicia Y Derechos del Niño*, número 8, Santiago de Chile, UNICEF, 2006, página 252.

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

⁹ Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

¹⁰ Art. 5º, V, VII, da lei nº 13.431/17 e art. 18, caput, da resolução nº 299/19 do CNJ.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, Ed. Renovar, 2003, Páginas 81-117.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2ª edição, Editora Renovar, 2008, páginas 272-278.

¹³ Art. 134 da CF/88

¹⁴ NESRALA, Daniele Bellettato. *Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes: técnicas de governança como instrumento de acesso à justiça pela via dos direitos*, Ed. D'Plácido, página 49.

¹⁵ <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/EJUS/arquivos/fluxo-geral-implementacao-lei-13-431-paraimpressao.pdf/view>

<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/EJUS/arquivos/pacto-nacional-lei-1-431-de-04-04-2017-assinado.pdf>

¹⁶ Ob. Citada, página 106.

¹⁷ <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Parametros-de-Escuta.pdf>

[//blog.mds.gov.br/redesuas/wp-](http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2020/03/SUAS_garantia_direitos_crian%C3%A7as_adolescentes_vitimas_testemunhas_violencia.pdf)

[content/uploads/2020/03/SUAS_garantia_direitos_crian%C3%A7as_adolescentes_vitimas_testemunhas_violencia.pdf](http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2020/03/SUAS_garantia_direitos_crian%C3%A7as_adolescentes_vitimas_testemunhas_violencia.pdf)

¹⁸ ORSINI, Adriana Goulart de Sena. SOUZA, Cibele Aimée de. SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. *As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídico e institucionais: breves discussões*, *Direito da Criança e do Adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infanto-juvenil*, Ed. D'Plácido, pág.91-92.

¹⁹ JR., Aury Lopes. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 7ª Edição, Volume II, Ed. Lumen Juris, página 41, explica que não há que se confundir o assistente com o advogado que o representa. Isso porque assistente é a vítima, seu ascendente, descendente ou irmão, que em qualquer caso, precisa de advogado para postular em juízo por não possuir capacidade postulatória.

²⁰ JR., Aury Lopes. Obra citada, página 54.



Acesso à justiça de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito: o defensor da criança como figura essencial para efetivação da doutrina da proteção integral

Access to children and adolescent justice as subjects of law: the child defender as an essential figure for effectiveness of the doctrine of integral protection

Daniele Bellettato Nesrala

Defensora Pública – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Ana Carolina Oliveira Golvim Schwan

Defensora Pública – Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Marcelo Lucena Diniz

Defensora Pública – Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Resumo

Toda criança e adolescente tem direito de intervir, por meio de advogado constituído ou Defensor Público, em qualquer feito que discuta direitos e obrigações que lhe afetem, direta ou indiretamente, de modo a ter assegurado seu direito de manifestar sua opinião e a ter sua vontade levada em consideração em qualquer decisão, judicial ou administrativa, que lhe afete. Atualmente, a condição de sujeitos de direitos de crianças e adolescentes em nosso sistema jurídico não tem sido efetivamente considerada, na medida em que a simples figura da curadoria exercida pelo Ministério Público não assegura o direito de participação da criança ou adolescente no feito. A curadoria e a legitimação extraordinária da criança e do adolescente levadas a efeito pelo Ministério Público refletem, tão somente, o melhor interesse da criança, sob o ponto de vista de um adulto e, geralmente de classe social diferente da sua. A figura do Defensor da criança tem natureza jurídica de “intervenção anômala”, pois visa efetivar materialmente o direito de participação da criança nos feitos em que a criança não é parte propriamente dita, mas que discutem seus direitos e interesses. O defensor da criança tem a missão de levar a conhecimento do juízo o ponto de vista individual da criança e assegurar seus direitos procedimentais no feito. Tal figura já existe e é plenamente exercida na seara infracional, sendo necessário seu reconhecimento e implementação concreta também na seara protetiva.

Palavras – chave: Crianças e adolescentes sujeitos de direito. Insuficiência da curadoria. Defensor da criança.

Abstract

Every child and adolescent has the right to intervene, through a constituted lawyer or Public Defender, in any event that discusses rights and obligations that affect them, directly or indirectly, in order to have assured their right to express their opinion and to have their will taken into account in any decision, judicial or administrative, that affects you. Currently, the condition of subjects with rights of children and adolescents in our legal system has not been effectively considered, as the simple figure of curatorship exercised by the Public Ministry does not guarantee the right of the child or adolescent to participate in the deed. The curatorship and extraordinary legitimacy of the child and adolescent carried out by the Public Ministry reflect only the best interest of the child, from the point of view of an adult and, generally, from a different social class from his own. The figure of the Defender of the child has the legal nature of “anomalous intervention”, as it aims to materially enforce the child's right to participation in deeds to which the child is not a party, but which discuss their rights and interests. The defender of the child has the mission of making the child's individual point of view aware of the judgment and ensuring his procedural rights in the deed. Such a figure already exists and is fully exercised in the offense area, requiring its recognition and concrete implementation also in the protective area.

Keywords: *Children and adolescents subject to law. Insufficient curation. Child's defender.*



SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definição; 3. Fundamentação Jurídica; 4. Hipóteses de atuação; 5. Premissas de atuação; 5.1. Fase Preparatória; 5.1.1. Busca Ativa / procura espontânea; 5.1.2. Avaliação da capacidade da criança; 5.1.3. Direito à informação; 5.2. Fase Processual; 5.2.1 Entrevista reservada e oitiva; 5.2.2. Direito de informação e participação dos atos; 5.2.3. Direito de Recorrer; 6. Conclusão.

1. Introdução

Por muitos anos, nossa legislação não se preocupou com crianças e adolescentes sob a ótica da proteção e de defesa de direitos, tratando-os como meros objetos de relações protagonizadas por adultos que definiam sob o seu ponto de vista o destino delas.

Vigorava a Doutrina da Situação Regular, normatizada pelo Código de Menores de 1979

¹, onde a própria lei fazia uma discriminação de quais crianças e adolescentes seriam alvo de preocupação estatal, que no caso, seriam os infratores e vulneráveis².

Tal período foi marcado por muitas arbitrariedades, políticas higienistas, autoritarismo, onde violências eram legitimadas pelo *pseudo* melhor interesse, sempre analisado da perspectiva dos adultos envolvidos.

Crianças e adolescentes recebiam tratamento equivalente a objetos de relações jurídicas, como por exemplo, uma casa em um contrato de compra e venda, pouco importando sua vontade, seu olhar sob determinada situação que lhe envolvia, seus sentimentos.

A Constituição Federal de 1988, pautada no valor absoluto da Dignidade da Pessoa Humana, adotou a Doutrina da Proteção Integral, em seu art. 227³, calcada na legislação internacional, especialmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 20 de novembro de 1959, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing - Res. 40/33 de 29 de novembro de 1985, as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil - Diretrizes de Riad, de 1º de março de 1988 e a Convenção sobre o Direito da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990.

A Doutrina da Proteção Integral erige crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos, dos quais família, sociedade e Estado em corresponsabilidade devem atendê-los com prioridade absoluta, em razão da condição especial de pessoa em desenvolvimento.

A normativa até então vigente, o Código de Menores, tornou-se incompatível com a Carta Magna e com toda a normativa internacional citada, e após muita pressão popular, em 1990, promulgou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que não só reforçou, mas desenhou a Doutrina da Proteção Integral.



Diferentemente da era menorista, todas as crianças e adolescentes, sem discriminação, passaram a ser sujeitos de direito, o que exigia reformulação de todo tratamento que até então vinha sendo dado.

E esse tratamento pautado na defesa e proteção, por expressa determinação constitucional e legal, deve ser dado com prioridade absoluta, não só na tramitação de procedimentos e de atendimento, mas na criação de políticas públicas e destinação de recursos públicos⁴.

Não por outra razão, a Lei Complementar nº 80/94 coloca no art. 4º, XI⁵, como uma das funções institucionais da Defensoria Pública exercer a defesa dos direitos individuais e coletivos de crianças e adolescentes.

Assim, é certo dizer que se cabe a Defensoria Pública exercer a defesa dos direitos individuais e coletivos de crianças e adolescentes, e há comando constitucional e legal de que essa defesa deve ser feita com prioridade absoluta, seja no atendimento, seja na tramitação de procedimentos ou na destinação de recursos públicos, cabe à essa Instituição estruturar-se para tanto.

Isso significa que para atender ao comando de prioridade absoluta na defesa de crianças e adolescentes, sem discriminação, devem as Defensorias Públicas, além de criar fluxos de atendimento e tramitação adequados e prioritários, estruturar-se para garantir que toda criança e adolescente, enquanto sujeito de direitos, tenha a possibilidade de ser representado por um Defensor Público, não podendo tal atuação ser limitada a processos de apuração de ato infracional, sob pena de se estar a própria Defensoria Pública retornando ao menorismo da Doutrina da Situação Irregular, contrariando sua origem democrática republicana.

Ocorre que passados 31 anos da adoção da Doutrina da Proteção Integral e 29 anos de promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se uma dificuldade na efetivação do tratamento de crianças e adolescentes como sujeitos de direito, especialmente em processos judiciais que tenham como resultado principal a interferência em suas vidas, sendo tratados como meros objetos da vontade e do entendimento de adultos.

A Defensoria Pública tem atribuição e qualificação para desempenhar o papel de representante postulatório de crianças e adolescentes, com função fundamental na concretização do mandamento constitucional e legal.

Sabe-se da difícil realidade financeira enfrentada para estruturação da Instituição, porém vale lembrar que por determinação do ECA, os recursos públicos devem ser destinados para atender a esta prioridade.

E este é o objetivo do presente artigo, pensar a figura do defensor da criança enquanto efetivador da Doutrina da Proteção Integral e um importante instrumento para mudança prática de paradigma, deixando-se de lado o tratamento discriminatório dado a crianças e adolescentes, resquício do menorismo.

2. Definição

Preliminarmente, é importante traçar a necessária distinção entre o que se propõe, a figura do *defensor da criança*, com duas outras funções que a Defensoria pode exercer em um processo



na infância em relação a crianças e adolescentes: a curadoria especial e a legitimação extraordinária.

Ademais, a questão que se discute cinge-se a processos judiciais contenciosos, dos quais destaca-se a medida protetiva de acolhimento institucional ou familiar (art. 101, §2º, ECA); pode-se cogitar, também, da aplicação à destituição do poder familiar (arts. 155 ss, ECA). Feitas tais considerações, sigamos.

O Ministério Público, quando atua propondo ações de destituição ou de acolhimento, atua como verdadeiro *substituto processual*, eis que atua no interesse de terceiro (a criança ou adolescente) em nome próprio; é, portanto, legitimado extraordinário. A própria Defensoria Pública pode exercer também esta função processual, desde que prevista na lei orgânica estadual própria.

Ocorre que à Defensoria é deferida, também, a função de curador especial nos casos previstos em lei, por força da disposição do artigo 4º, XVI, da LC 80/94. Trata-se, aqui, da função de representação processual, qual seja, a defesa de interesses de terceiro em nome de terceiro, que não se confunde com a substituição. O Ministério Público em hipótese nenhuma *representa* interesses, atuando sempre como legitimado ordinário ou como legitimado extraordinário; a Defensoria, por outro lado, pode exercer as três funções processuais.

O ECA prevê a figura do curador especial no 142, parágrafo único e no art. 148, parágrafo único, alínea “f”.

No artigo 142, parágrafo único, traz duas hipóteses de atuação do curador especial: a) colisão de interesses com pai ou responsável; b) carência de representação ou assistência legal.

O parágrafo único do artigo 148 já não faz qualquer indicação da necessidade de colidência de interesses entre crianças/adolescentes e seus pais ou responsáveis.

A crítica reside exatamente nesta suposta exigência feita pelo artigo 142, que coloca a representação independente como uma exceção. Ocorre que, se a representação serve para que a criança ou adolescente possa apresentar em juízo sua própria manifestação de vontade, então, como adverte Jaime Couso ao analisar a legislação chilena que trabalha da mesma forma o assunto, seus interesses ao menos são independentes daqueles de seus pais⁶.

Ainda, nada impede que uma colidência que não existia inicialmente, surja exatamente pela atuação do representante, que diante dos fatos apresentados no processo e do seu dever de informar a criança, acaba possibilitando que a criança identifique outros interesses independentes ou até contrários aos dos seus pais, o que seria impossível para ela ter conhecimento sem essa representação autônoma⁷.

É certo que a figura do curador especial na ausência de representação ou assistência foi afastada dos processos de destituição do poder familiar em razão de diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Tais decisões, fundamentalmente, indicam que: a) quando a criança não é parte formal dos autos, não seria necessária a representação legal ou assistência porque, neste caso, a criança não seria parte do processo, mas somente *destinatária* da decisão judicial⁸; b) quando poderia ser, de algum modo, parte nos autos, como é o caso da destituição do poder familiar, também seria



desnecessária a figura porque a criança já teria seu direito individual indisponível defendido pelo Ministério Público, como substituto processual⁹.

Inicialmente, cabe observar que tal entendimento foi formado antes da promulgação do CPC/15, que, por força legal, atribuiu à Defensoria Pública esta função, razão pela qual tal entendimento resta legalmente superado.

De fato, atualmente, o Código de Processo Civil prevê expressamente a função da curadoria especial como pertencente à Defensoria Pública (art. 72, parágrafo único da Lei n. 13.105/15), o que afasta a discussão acerca do órgão legitimado para tal. Entretanto, esta discussão deve ser feita em sede de *overruling* e em nada se confunde com a questão aqui posta em discussão. Isto porque o papel do curador especial restringe-se à proteção meramente formal e abstrata do direito do tutelado.

Além disso, na hipótese “a” é decisão que afronta a sistemática do ECA e da legislação protetiva internacional. Tratar criança e adolescente como sujeitos de direito implica, necessariamente, em torná-los também sujeitos de processos que os atingem, sob pena de convertê-los, como a decisão parece indicar, em meros “destinatários”, “beneficiários” da decisão judicial. Por todos, DIGIACOMO:

Não mais é admissível, portanto, pura e simplesmente invocar, de forma vaga e vazia de conteúdo, que se está agindo no “melhor interesse do menor” (sic.), como quando da vigência do Código de Menores, mas sim é necessário colher elementos idôneos, inclusive junto à própria criança ou adolescente, para que se tenha o máximo de garantias de que tal solução é, de fato, a mais adequada. A participação da criança na tomada de decisões que irão lhe afetar diretamente, ademais, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, servindo o contido no presente dispositivo, que tem respaldo no art. 12, da Convenção da ONU Sobre os Direitos da Criança, de 1989, de parâmetro para a aplicação de todas as demais medidas de proteção previstas no ECA (vide o princípio expressamente consignado no art. 100, par. único, inciso XII, do ECA)¹⁰.

A criança, como sujeito de direitos e maior interessada no resultado do processo, não pode ser considerada como terceiro, mesmo porque deverá possuir todas as prerrogativas e poderes inerentes as partes para que seja considerado respeitado o direito à participação.

Considerá-la apenas destinatária da decisão é negar o direito à participação no processo ou reduzi-la à mera expressão de opinião¹¹, por considerar que o mundo adulto, e, em especial o Poder Judiciário, devem decidir o que é melhor para sua vida sem que ela possa disso discordar e se defender.

Estamos, porém, lidando, como dissemos acima, com processo judicial contencioso, na qual uma das partes é, em regra, o Ministério Público e a outra, em regra, os pais. Assentado que a criança e o adolescente não podem ser tratados como *bem de vida em disputa* neste processo, ou nem mesmo como mero “beneficiário” distante da relação processual, é necessário encontrar mecanismos para trazer estes sujeitos a esta relação já estabelecida.



Ademais, nas decisões do tipo “b”, é fundamental apontar que o interesse resguardado no feito pelo *Parquet* é o interesse individual indisponível, que, por resguardar bem de amplitude ampla, caracteriza-se por ser interesse de ordem pública.

Ocorre que, por um lado, o *Parquet* substitui a criança e a sociedade (beneficiada pela proteção dada à criança) nos autos em processos desta ordem e, portanto, por definição, pode dispensar sua concordância e até mesmo sua oitiva para manifestar-se; por outro lado, há interesses individuais *disponíveis* que poderiam estar presentes na discussão processual e que não podem, portanto, ser defendidos pelo Ministério Público.

Temos, portanto, de um lado, a necessidade de tornar a criança ou adolescente partes na relação processual instaurada; e de outro lado, a impossibilidade jurídica do *Parquet* atender a todo o desiderato da ordem jurídica protetiva, eis que só defende interesses individuais indisponíveis e a função exercida, de substituição processual, não contempla a efetiva participação do sujeito protegido no processo.

Para solucionar esta questão, bem como para atender plenamente o desiderato da legislação protetiva, que não é criar um *representante* de uma criança que sequer esta na relação processual (como parece ter entendido o E. Superior Tribunal de Justiça), mas também não pode ser, como vimos, *substituir* a criança no feito, é necessário cogitar a figura da intervenção de terceiros, ainda que anômala.

Na lição de DIDIER, trata-se aqui do ingresso de um terceiro em processo pendente, transformando-se, portanto, em parte no feito¹². Processualmente, há, inegavelmente, a vinculação jurídica, demonstrada pela existência de interesse da parte no feito.

Isto porque trata-se, aqui, de relação processual que discute os vínculos comunitários e familiares da criança, impactando em toda a sua existência; quando tratamos de crianças ou adolescentes em acolhimento, qual seja, sob plena tutela estatal, o processo pode abranger inclusive questões consideradas *menores* porque envolvem direitos disponíveis, como, por exemplo, a ida ou não a um shopping center em determinado dia, ou o horário fixado para lazer. Tais questões podem ser trazidas aos autos, mas muitas vezes não o são justamente por versarem sobre interesses disponíveis - embora para o sujeito afetado, tais questões, que tratam de sua vida cotidiana, podem ser mais importantes que discussões técnicas sobre complementariedade de estudos psicossociais.

Ademais, se em tais questões já há uma grave falha de participação dos sujeitos afetados, há ainda questões envolvendo direitos indisponíveis em que o *Parquet* discorda da posição emanada pela criança ou adolescente, e sequer traz tais considerações ao feito (inclusive porque não precisa fazê-lo, já que substitui sua vontade); ocorre que em questões de tal ordem, como, por exemplo, a visita de pais afastados do convívio, seria salutar que o sujeito afetado, ora protegido, ao menos trouxesse aos autos seu ponto de vista particular, sem intermediações de qualquer ordem que não as estritamente necessárias. Atualmente, sequer há mecanismos para fazê-lo, eis que sua vontade surge ou substituída pelo Ministério Público, ou intermediada e reconfigurada pela equipe técnica. No entanto, é patente seu interesse em *falar* nos autos, bem como seu direito de *participar* da relação já instaurada.



Ocorre que esta intervenção foge às figuras já trazidas pelo ordenamento processual, eis que não visa, a criança, à *vitória* de uma das partes em litígio, mas tão-somente em defender seus próprios interesses que são afetados no deslinde do processo.

Isto ocorre em especial em processos que impõem a medida protetiva de acolhimento e os que acompanham sua execução, em alguns lugares um único para as duas finalidades. Na fase de conhecimento, discutem-se os fatos que levaram ao acolhimento. Na de execução, além de discutir os fatos que garantem a permanência do acolhimento, discutem-se ainda todos os demais fatos atinentes à vida do sujeito que, afinal, está sob tutela estatal.

Tal “estranheza” pode ser observada no desenrolar do próprio trâmite processual, eis que facilmente nota-se que as causas que levaram ao acolhimento tornam-se, em larga medida, irrelevantes, uma vez efetivada a medida protetiva. Isto fica claro, em especial, após os relatórios avaliativos, que não raro expõem uma infinidade de óbices à reintegração, que não estavam presentes de nenhum modo nos relatórios que instruíram a medida protetiva. Deste modo, processualmente, temos uma situação em que há flagrante alargamento do objeto do processo ou excesso de execução (nos casos em que há processo de conhecimento com sentença e outro de execução), de ofício, e em regra após a apresentação da resposta defensiva. Tais fatos, surgidos posteriormente, vão legitimando as intervenções anteriores; forma-se, então, uma estranha mistura de conhecimento e execução da medida que torna irrelevantes os fatos que ensejaram o acolhimento tão logo ele seja efetivado.

Ademais, todos os fatos relativos ao acolhimento vão sendo trazidos aos autos, ou poderiam ser trazidos, ainda que não o sejam, eis que trata-se da regência da vida de uma criança ou adolescente sob tutela estatal.

Deste modo, ainda mais importante que a participação do sujeito afetado na fase cognitiva do processo protetivo é sua participação na fase executória, eis que, na execução discute-se exclusivamente medidas atinentes à sua vida - no mais das vezes, sem ouvir diretamente tal sujeito.

Embora na fase cognitiva possa se cogitar da figura de uma assistência - inclusive litisconsorcial - visando a vitória processual de uma das partes, na fase executória sequer faz sentido falar em *vitória* processual, ao menos do ponto de vista do sujeito afetado. Ambas as fases, no geral, ocorrem concomitantemente, e tal caráter *sui generis* também deve impor uma solução da mesma natureza: uma intervenção de terceiros anômala, cujo interesse seria efetivar o direito à participação direta na relação processual, tanto na fase cognitiva e com muito mais razão na fase executória do processo.

Tal solução, de um lado, contemplaria o exercício do direito de participação, transformando o *destinatário* da decisão em parte do feito; e de outro, não resvalaria nas armadilhas da curadoria especial. Isto porque atuaria, o Defensor Público, não como mero representante processual do incapaz, mas como garante de seu direito a falar nos autos, como se capaz fosse, de modo a evitar que adultos falem *pela* criança ou adolescente.

A própria ideia de incapacidade, bem pensadas as coisas, tem merecido reconfiguração teórica quando tratamos de crianças e adolescentes, eis que sua condição de sujeito não apenas processual, mas material tem clamado por uma atuação mais ativa nos autos. Não é mais



defensável a idéia de que uma criança é um homem ou mulher em *miniatura*, como por muitos anos se cogitou; antes, trata-se de um sujeito diferente, com uma visão particular do mundo e dos processos à sua volta, e foi por esta razão que lhe foi conferida a condição de sujeito de direitos. O *sentimento de infância* ganhou centralidade na modernidade - para não dizer que nela nasceu - e demandou uma ampla reorganização de saberes e práticas de modo a *apreender e governar* a infância¹³. Ocorre que, aliado a tal reorganização, tornou-se necessário também dar voz ao sujeito afetado:

Em um mundo afirmado pelo universal, sobretudo a partir da noção de direitos, criar é subverter. Pensar no outro, em suas crenças, em seus desejos, em seu pensamento, tornou-se uma questão judiciária, uma prática subordinada ao julgamento, uma demonstração de força a partir de uma estrutura soberana segundo a qual alguns, de antemão, já são depositários da verdade. [...] ¹⁴ Subordinadas à lei, as análises são estreitas, mas não despojadas de resistências. As produções subjetivas circulam e olhar para elas é uma forma de subverter a padronização e sair da lógica da sentença.

Persistimos, no entanto, em uma sistemática processual anterior a tal *reorganização*; necessário, portanto, cogitar novas figuras de modo a não propiciar apenas o governo da infância, mas também a resistência da criança ou adolescente: a sua voz, ainda que nos autos.

Esta nova sistemática deve nortear a reconfiguração inclusive dos processos que afetam tal sujeito, permitindo-nos sair da condição binária de autor e réu, com o reconhecimento de que, independente da vitória de uma ou outra parte, a cada decisão e a cada passo do processo a vida da criança ou do adolescente vai sendo afetada.

Note-se que tal reconfiguração é, aliás, teórica, porque na prática tal reconfiguração já vem ocorrendo: basta notar o que acontece em processos para imposição de medidas socioeducativas, em que adolescente são tratados como sujeitos plenamente capazes, e a atuação do Defensor se dá como a de um verdadeiro advogado, representando interesses de terceiro em nome de terceiro, inclusive sem necessidade de intermediação do próprio representante material - função que, aliás, muitas vezes é exercida pelo próprio Defensor.

Outro exemplo que sequer vem sendo contemplado nas discussões sobre o tema, e que se discutirá abaixo, é a previsão constante do artigo 5º, VII da lei 13.431/17, qual seja, o direito fundamental de “receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo”. Nota-se, ali, o escopo da assistência jurídica prestada: garantir o direito de participação e resguarda-la de abusos, em consonância inclusive com a função que temos defendido aqui.

Caberia, inegavelmente, à Defensoria Pública, porque pode exercer inclusive a função típica de representação, pleitear o ingresso do sujeito protegido nos autos. Poderia então, a criança ou adolescente afetados falarem diretamente nos autos, atuando como *ombudsmen* dos feitos em que seus próprios interesses são discutidos, podendo trazer à tona inclusive interesses de ordem disponível mas que deseja ver discutidos nos autos. Tal configuração, por óbvio, não dispensa a assistência da equipe técnica, inclusive para evitar a violência institucional; mas precisa ser discutida *a sério*, de modo a evitar, cada vez mais, que os operadores de direito, adultos, tomem



decisões sem sequer considerar o ponto de vista particular da criança ou adolescente afetados cotidianamente por tais decisões.

O representante processual da criança é verdadeiro “advogado da criança”, responsável pela defesa técnica em juízo de todos os interesses e vontades manifestadas por ela e não do seu suposto ou eventual “melhor interesse”, ficando este à cargo do Judiciário interpretar.

É certo que em alguns casos a criança não detém condições, seja pela idade ou outro fator, de se manifestar. Nestes casos, seu representante atuará como verdadeiro curador especial, pois excepcionalmente, a criança será incapaz. Esta, contudo, é exceção sendo a regra a atuação enquanto defensor da criança ou adolescente¹⁵.

3. Fundamentação jurídica

Além de toda a fundamentação já trazida e a própria Doutrina da Proteção Integral e todos os seus corolários e embasamentos, a figura do Defensor da Criança é fundada no art. 206 ECA e, como mencionado no tópico anterior, não se confunde com a curadoria *at litem*, prevista no artigo 9º do Código de Processo Civil (CPC/15) e do artigo 142 do ECA, para o incapaz carente de representação legal ou com interesses em conflito com os seus representantes.

A atuação do curador especial independe de qualquer contato prévio com o curatelado, de modo que tal atuação não expressa ou representa a vontade real do curatelado, refletindo apenas uma formalidade. O curador não tem por função representar a vontade do curatelado, mas tão somente, assegurar aspectos legais.

No âmbito da infância e juventude, a figura do curador especial tem sua atuação pautada no princípio geral do melhor interesse da criança, mas sob o ponto de vista de um adulto o qual, quase sempre, é oriundo de uma realidade social completamente do infante que assiste. A vontade do indivíduo, criança ou adolescente é irrelevante para o curador, tratando o curatelado como um mero objeto do direito, sobre quem as autoridades ali envolvidas têm o poder de decidir o que seria melhor.

A figura do curador especial, portanto, não assegura o direito de participação da criança e do adolescente, tampouco a trata como sujeito de direitos que é, conforme depreende-se das lições de DOXSEY:

Comparando-se com o direito processual civil vigente, que restringe até mesmo a presença de pessoas com menos de dezesseis anos como testemunhas em processos judiciais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, em tese, teria produzido uma verdadeira revolução nos conceitos de menoridade e maioridade, deixando ainda mais confusos os institutos da representação e assistência, e até mesmo da curatela *ad litem* que, como substituta da vontade do adolescente seria hoje dispensável, se observado do direito fundamental de opinião e de expressão (DOXSEY, 1995).

De fato, é de se concluir, que o ECA criou uma verdadeira revolução no conceito de capacidade civil e capacidade postulatória, dispensando a representação e a assistência, que funcionam atualmente como limitadores (inconstitucionais) do direito fundamental de



participação, opinião e expressão de crianças e adolescentes. Qualquer interpretação restritiva de direitos fundamentais não é admissível, uma vez que normais infraconstitucionais não têm o poder de limitar direitos fundamentais.

Assim, as restrições relativas à capacidade civil e a capacidade postulatória da criança e do adolescente violam seu direito fundamental à participação, à liberdade de opinião e expressão, tratando-os como objeto de tutela e não como sujeitos de direitos.

O artigo 5º, LXXIV combinado com o artigo 134 da Constituição da República de 1988 (CR/88)¹⁶ estabelece que todo cidadão, independentemente de qualquer condição - aí incluída a capacidade civil ou postulatória - tem direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria Pública.

Desta forma, estabelece a LC nº 80/97 em seu art. 4º, XI, como uma das funções institucionais da Defensoria Pública exercer a defesa dos direitos individuais e coletivos de crianças e adolescentes. Não fazendo esta lei qualquer restrição ao exercício desta função.

Ainda neste sentido, tem-se a Resolução nº 113 do CONANDA¹⁷, que regulamenta, em âmbito nacional, o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente. Em seus artigos 8º e 9º estabelece que é garantido à toda criança e adolescente o acesso à justiça e que a assessoria jurídica e a assistência judiciária gratuita será prestada preferencialmente através de Defensores Públicos Especializados e que impedir o acesso à Defensoria Pública configura violação de direitos humanos.

Assim, cabe aos adultos que atuam no Sistema de Justiça o esforço de garantir que o direito de crianças e adolescentes à expressão seja efetivo nos procedimentos judiciais (SANCHES, 2014, p. 487).

Esta nova visão sobre a capacidade civil e postulatória de crianças e adolescentes, como sujeitos de direitos, exige a flexibilização de institutos criados pela lei infraconstitucional, como leciona LEITE, 2000:

Toda a reflexão sobre o papel da criança na atual sociedade se choca contra uma contradição inerente à noção mesma de 'infância'. A criança não é um cidadão com pleno domínio de seus direitos, mas já é um sujeito de direito, uma 'pequena pessoa'. Reconhecer à criança o direito de palavra, o direito de ser ouvida e de se manifestar em juízo corresponde, "colocando-se numa perspectiva ética mais larga, a reconhecer a humanidade do Homem (e) colocando-se no contexto da luta pelos direitos do Homem, a reconhece que estes existem antes dos 18 anos.

[...] A ideia da 'oitiva' de uma criança em juízo faria tremer um pai *pater familias*, porque só ela fazia reinar a ordem em sua casa. **Reconhecer à criança os meios de defender sua causa, permite-se-lhe conquistar o espaço de liberdade ao qual ela tem direito, apesar e em consideração de sua idade.** (Leite, 2000, p. 23-24).

A corroborar o exposto, importante invocar o disposto nos artigos 3º, 28, 100, XI e XII do ECA/90¹⁸ que expressamente atribuem à toda criança e todo adolescente, independentemente de qualquer condição, a titularidade de direitos fundamentais, dentre os quais, o de participação, opinião e expressão.



Os artigos 206 e 207 do ECA/90¹⁹ estabelecem que a criança e o adolescente têm o direito e o poder de intervir em quaisquer procedimentos do ECA, por meio de advogado constituído ou defensor público e que nenhum adolescente será processado sem defensor, ficando até mesmo a outorga de mandato dispensada, se ratificada pelo adolescente em juízo.

De fato, não se exige que o representante legal do adolescente infrator assine procuração, assistindo ou representando o filho incapaz, para que advogado possa representá-lo em juízo. Referido dispositivo expressamente flexibiliza a figura da incapacidade relativa e da necessidade de assistência.

Entretanto, a interpretação não pode ser restritiva, exclusivamente à seara infracional, uma vez que a análise sistemática de todo o microsistema processual infanto-juvenil assegura, como direito humano fundamental, o direito de participação e de manifestar sua opinião, em todos os procedimentos cuja solução da lide afete seus interesses. Interpretar diversamente seria regredir a Doutrina da Situação Irregular, dispensando tratamento apenas a grupos discriminados.

Desta feita, a criança ou adolescente em relação ao qual haja procedimento tramitando na Justiça da Infância cujo objeto lhe diga respeito, tem direito a um defensor representando seus próprios interesses, segundo a sua vontade.

Por fim, recentemente a Lei Federal nº 13.431/17, conhecida como Lei do Depoimento Protegido – que compõe o microsistema protetivo e integra o Sistema de Garantia de Direitos de Criança e Adolescentes - estabelece, em seu artigo 5º, VI e VII²⁰, que a criança e o adolescente, vítimas ou testemunhas, tem direito a receber assistência jurídica qualificada, para poder ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, inclusive o de permanecer em silêncio, de modo que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo.

Também o artigo 12, IV²¹, da mesma lei, assegura a presença do defensor em todos os atos nela previstos, direito este que se estende ao agressor, mas também à criança ou adolescente, seja na condição de infrator, vítima ou testemunha.

Não restam dúvidas, pois, acerca da necessidade das instituições que integram o Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescente, em especial aquelas que integram o Sistema de Justiça, criem instrumentos efetivos à assegurar este direito fundamental a este grupo de pessoas especialmente vulneráveis, com a implementação efetiva do Defensor da Criança.

4. Hipóteses de atuação

Feitas tais considerações, passa-se a apresentar as três hipóteses de atuação do Defensor da Criança, sem prejuízo de outras que se mostrem necessárias no desempenho da função:

- a) Em todas as causas perante a Justiça da Infância e juventude, sejam de natureza civil, infracional ou de crimes contra a criança ou adolescente;
- b) Nas causas, perante qualquer juízo, onde haja adultos disputando sua guarda, direito de visitas e administração de sua pessoa, seus bens e patrimônio;
- c) Por designação do juiz, quando necessário, em qualquer juízo;



Com base nos fundamentos legais acima expostos, especialmente, a Legislação Internacional; a CR/88, artigos 5º, 134, 227; o ECA, artigos 3º, 28, 100, IX, 161, 206 e 207; Res. 113 do CONANDA e Lei 13.431/17, em todas as causas perante a Justiça da Infância e Juventude onde se discutam seus interesses, diretos e indiretos, a criança e o adolescente têm direito a um defensor que lhe preste assistência jurídica direta, sejam parte formal no processo ou não.

Estes procedimentos onde deve haver a atuação do defensor da criança incluem, mas não se limitam, às ações de Medidas de Proteção e sua execução, Guarda, Tutela, Adoção e/ou Destituição de Poder.

Quando a criança ou adolescente é parte na causa, como na hipótese em que postula por uma vaga em creche, por um medicamento ou tratamento de saúde, sua representação no processo pelos procedimentos legais já existentes, mediante a representação ou assistência de seus pais, já asseguram a sua vontade.

Diferentemente quando a criança ou adolescente não desejam submeter-se ao tratamento a que seus pais desejam. Nesta hipótese, a figura do curador especial restringe-se a proteção formal de seus direitos, não se confundindo com o direito que a criança e o adolescente tem de estar pessoalmente representadas por um defensor que faça com que sua vontade seja ouvida e, se não tiver um advogado diretamente constituído pelos infantes, deverá ser convocado o Defensor da Criança para prestar-lhe a devida assistência jurídica, adotando todas as medidas cabíveis.

5. Premissas de atuação

Em todas estas hipóteses de atuação, há de se observar as seguintes premissas:

- a) Contato direto e pessoal do defensor com a criança ou adolescente;
- b) Acesso irrestrito do defensor aos locais de internação coletiva e acolhimento em que se encontrem crianças e adolescentes para entrevista reservada ou requisição para que a criança ou adolescente seja levado à presença do defensor;
- c) Poder de adotar todas as medidas judiciais ou extrajudiciais cabíveis, tais como, ajuizar ações, intervir em processos, produzir provas e recorrer;
- d) O defensor deve abster-se de manifestar a sua opinião pessoal ou pugnar pelo “melhor interesse”, mantendo-se fiel ao propósito de levar ao processo a vontade da criança ou do adolescente, ainda que contrária ao senso comum ou ao “melhor interesse”;
- e) Quando a criança não tiver nenhuma condição de discernimento ou de expressar sua vontade ou, tendo-as, forem muito reduzidas, o defensor se limita a garantir seus direitos fundamentais materiais e procedimentais;
- f) Quanto maior a condição de discernimento da criança e expressão da vontade, mais a atuação do defensor se assemelha à defesa de um adulto. A doutrina Belga



estabelece que “a partir do momento em que a criança começa a falar, o papel do defensor vai evoluindo para um papel de **defesa pura**, como se fosse um adulto” (DELBROUCK, 2005, p. 17)

g) Natureza obrigatória da criança estar acompanhada de advogado constituído ou defensor público para aconselhá-la ou assisti-la em qualquer ato judicial ou extrajudicial em todos os feitos perante a Justiça da Infância e Juventude ou quando designado por qualquer juízo;

h) Articular a rede local para defesa e proteção da criança e adolescente;

i) Natureza facultativa nas demais hipóteses de atuação.

Tais premissas encontram ressonância concreta no direito comparado, especialmente na França e na Bélgica, onde a figura do *avocat des enfants* (defensor da criança) é pacificamente aceita e regulada expressamente por leis infraconstitucionais²².

Naqueles países, o *Avocat des enfants*, *L'avocat du mineur* ou o Defensor da Criança, se torna o porta-voz fiel dos jovens e seu interprete em todos os atos. Tem contato com a criança ou adolescente, de modo prévio e reservado, explicando a sua função, os fatos envolvidos, as possibilidades de sua atuação e as consequências da sua vontade (DELBROUCK, 2005, p. 19).

A intervenção do Defensor da Criança deve ser presente e eficaz, desde o primeiro momento, contendo as seguintes fases de atuação, sem prejuízo de outras formas de atuação que se fizerem necessárias para a participação efetiva de crianças e adolescentes nos processos que lhe digam respeito:

5.1. Fase Preparatória

5.1.1. Busca Ativa / procura espontânea

Inicialmente, recomenda-se a busca ativa das crianças e adolescentes que estejam em instituições de internação coletiva ou acolhimento institucional e/ou familiar para entrevista reservada.

5.1.2. Avaliação da capacidade da criança

Considerando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e não mero incapaz, verifica-se que a criança ou adolescente é capaz de formar seus próprios pontos de vista de uma maneira razoável e independente.

Enquanto a criança ainda não consegue falar ou comunicar-se por qualquer meio, a figura do curador especial supre-lhe as necessidades formais.

Mas, a partir do momento em que a criança consegue falar e expressar sua vontade, ainda que pouco qualificada, deve ser levada em consideração e tem direito a receber a assistência de



um Defensor. Quanto maior a capacidade de compreensão da situação e de expressar sua opinião, mais a atuação do Defensor se assemelha à defesa para um adulto.

Embora em alguns procedimentos a oitiva do adolescente é obrigatória para a validade processual, a oitiva das crianças constitui direito subjetivo, inafastável.

5.1.3 Direito à informação

Havendo procura espontânea ou busca ativa, é necessário que seja assegurado à criança e ao adolescente o pleno conhecimento da atuação da Defensoria Pública e demais membros do Sistema de Justiça, assim como, sobre seus direitos e o impacto de suas opiniões no provimento judicial, devendo a criança ser informada de que pode participar diretamente ou não, tanto dos atos processuais, quanto da elaboração dos planos de ação que lhe dizem respeito (CONANDA, 2014).

5.2. Fase Processual

5.2.1 Entrevista reservada e oitiva

Tanto conversa reservada do Defensor com a criança, quanto sua oitiva em quaisquer órgãos públicos, inclusive em audiência, deve se dar em ambiente facilitador, para que a criança possa ter a certeza de que o adulto responsável pela audição está disposto a ouvir e a considerar seriamente o que a criança decidiu comunicar.

5.2.2. Direito de informação e participação dos atos

Na fase judicial também é importante que a criança e o adolescente tenham um papel de protagonismo nos autos judiciais que forem praticados. O atendimento pelo sistema de justiça deverá proporcionar à criança e ao adolescente a escolha e a oportunidade de expressar livremente suas opiniões e demandas sobre os assuntos a eles relacionados, levando-se em consideração os fatores idade, maturidade e interesse, nos termos da Resolução nº 169/14 do CONANDA.

Também é direito da criança ser informada pela autoridade judiciária sobre o resultado do processo e explicar como suas opiniões foram consideradas, permitindo que a criança ou o adolescente possa decidir sobre interpor recurso ou reclamação.

5.2.3. Direito de Recorrer

Às crianças e adolescentes é assegurado o direito de insurgir-se contra as decisões, judiciais ou administrativas, quando não lhes é garantido o direito a ser ouvido e de expressar sua opinião, quando não concordar, assim como, de recorrer na qualidade de interessado no processo, quando não for parte.



Frisa-se que independentemente da fase de atuação, é imprescindível que o Defensor da criança articule com a rede protetiva local a todo momento, inclusive, podendo ser esta a porta de entrada de demandas.

6. Conclusão

Diante de todo o exposto tem-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos proclama que cada indivíduo pode usufruir de todos os direitos e liberdades, sem nenhuma distinção de raça, cor, de sexo, língua, religião, opinião ou de origem nacional, condição financeira ou social, nascimento ou qualquer outra situação;

A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece, em seu art. 9, item 2 que em quaisquer procedimentos que se discutam direitos e interesses de crianças e adolescentes, como o poder de adultos sobre si, em relação a sua guarda, visitas ou administração de seu patrimônio, a criança terá direito subjetivo a intervir no processo;

A Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe em seu art. 12 que a criança que tiver algum discernimento, sem fixar idade mínima, já tem o direito de expressar sua opinião livremente, devendo sua opinião ser levada em consideração para a tomada de decisões e que, para isso, tem o direito intervir em qualquer processo;

A Constituição da República Federativa do Brasil determina, em seu art. 5º que todo cidadão, independentemente de qualquer condição, tem direito à assistência jurídica integral e gratuita;

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu art. 134, que a assistência jurídica será prestada pela Defensoria Pública;

A LC nº80/97 coloca em seu art. 4º, XI, como função institucional da Defensoria Pública exercer a defesa dos direitos individuais e coletivos de crianças e adolescentes;

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem a Doutrina da Proteção Integral, que tem como princípio base que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade;

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina em seu art. 100, XII, que é obrigatória a oitiva e a participação nos processos que envolvam a aplicação de Medidas de Proteção, inclusive os procedimentos de acolhimento institucional ou familiar, ou ainda os procedimentos especiais de colocação em família substituta, aí incluídas as Ações de Guarda, Tutela ou Destituição, Extinção ou Suspensão de Poder Familiar e que crianças e adolescentes têm direito a serem ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente;

O adolescente autor de ato infracional tem assegurado seu direito à efetiva assistência jurídica e o direito de representação de sua vontade, como sujeito de direito criança e adolescente, nos termos dos dispositivos acima mencionados;



A Lei Federal nº 13.431/17 compõe o microsistema protetivo e integra o Sistema de Garantia de Direitos de Criança e Adolescentes, e estabelece, em seu artigo 5º, VI e VII, que a criança e o adolescente, vítimas ou testemunhas, tem direito a receber assistência jurídica qualificada, para poder ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, inclusive o de permanecer em silêncio, de modo que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo;

A Lei Federal nº 13.431/17, em seu artigo 12, IV assegura a presença do defensor nos atos previstos nesta lei, não podendo ser interpretado que este direito deva ser assegurado somente ao agressor, devendo ser estendido também à criança, vítima ou testemunha;

A Resolução nº 113 do CONANDA, em seu artigo 8º e 9º estabelecem que é garantido à toda criança e adolescente o acesso à justiça e que a assessoria jurídica e a assistência judiciária gratuita será prestada preferencialmente através de Defensores Públicos Especializados e que impedir o acesso à Defensoria Pública implica sanções judiciais e administrativa e configura violação de direitos humanos.

Assim, não há outra conclusão possível, que não a necessidade de estruturação das Defensorias Públicas para o cumprimento de sua função institucional de garantir defensores que deem voz às crianças e adolescentes em todos os processos que lhe digam respeito.

Representação esta que deve ser adequada, através de defesa técnica capacitada que atue como “defensor da criança”, defendendo em juízo seus interesses na forma como aqui exposto, sendo este direito fundamental deste público, em razão dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, além dos fundamentos já trazidos.

Caso contrário, estar-se-ia diante de enorme retrocesso, vez que contribuir-se-ia para a permanência de resquícios da Doutrina da Situação Irregular, onde crianças e adolescentes, vistos não como sujeitos de direito, mas como meros objetos, só careceriam de tutela estatal quando em situações discriminadas, como quando autores de ato infracional, o que não se pode admitir em um ordenamento jurídico republicano e democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUSO, Jaime. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído, p.154,159/160.

DANELON, Márcio. A infância capturada: escola, governo e disciplina *apud* RESENDE, Haroldo de. Michel Foucault: O governo da infância. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, p. 220.

DELBROUCK, Cecile. L'avocat du mineur. La Cadre legal et son application. JDJ nº250 - décembre 2005, p. 17/21.



DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. 18°. Salvador: Juspodium, 2016, p. 484.

DIGIACOMO, Ildeara Amorino e DIGIACOMO, Murillo José. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. 7°. Curitiba: MPPR - CAOPCAE, p. 43.

DOXSEY, Sônia Maria Rabelo. A participação da criança e do adolescente no processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 97-100, 1995.

¹ Lei nº 6.697/79

² **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.

³ **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.

⁴ **Art. 4º do ECA:** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁵ **Art. 4º** São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente (...)

⁶ COUSO, Jaime; “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”; p. 159

⁷ COUSO, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, p. 159

⁸RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO À BRASILEIRA. AÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. ART. 201, INCISOS III E VIII, DO ECA. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA COMO CURADORA ESPECIAL.

IMPOSSIBILIDADE.

INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. FALTA DOS REQUISITOS DO ART. 9º DO CPC REPRODUZIDO NO ART. 142, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ECA.

1. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII, da Lei nº 8.069/1990 (ECA), promover e acompanhar o processo de acolhimento, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e às garantias legais assegurados a crianças e adolescentes.



2. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a obrigatória e automática nomeação da Defensoria Pública como curadora especial em ação movida pelo Ministério Público, que já atua como substituto processual.

3. A Defensoria Pública, no exercício da curadoria especial, desempenha apenas e tão somente uma função processual de representação em juízo do menor que não tiver representante legal ou se os seus interesses estiverem em conflito (arts. 9º do CPC e 142, parágrafo único, do ECA).

4. Incabível a nomeação de curador especial em processo de acolhimento institucional no qual a criança nem é parte, mas mera destinatária da decisão judicial.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1417782/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 07/10/2014)

DEFENSORIA PÚBLICA. ATUAÇÃO COMO CURADOR ESPECIAL HAVENDO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. HIPÓTESES EM QUE INCAPAZ NÃO É PARTE. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NÃO CONFIGURADA. SOBREPOSIÇÃO DAS FUNÇÕES DO PARQUET E DO CURADOR.

IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Não ocorre a violação ao art. 535 do código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente.

2. A Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, tem a função de orientação jurídica e defesa, em todos os graus dos necessitados, aí incluída a defesa de crianças e adolescentes. Entretanto, a atuação da Defensoria Pública não deve ocorrer como substituto processual, agindo de ofício em casos como o dos autos, em que o Ministério Público já havia ajuizado medidas cabíveis em favor do menor abrigado.

3. Não há previsão legal para intervenção obrigatória da Defensoria Pública, como curadora especial, sob a invocação do disposto nos arts. 9º, I, do CPC, e 148, parágrafo único, letra f, do ECA. Embora a Lei Complementar n. 80/1994 estipule ser função institucional da Defensoria Pública exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei, não é possível à instituição ser nomeada como curadora especial em processo instaurado de ofício por ela, em que não é parte criança ou adolescente.

4. A atuação da Defensoria Pública como curadora especial no que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual, e desde que vislumbrada tal necessidade, sob pena de violação princípio da intervenção mínima previsto no art. 100, inc.

VII, do ECA.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1296155/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 20/03/2014)

9RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA AOS MENORES. DESNECESSIDADE. ECA. ART. 201, INCISOS III E VIII. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Deve ser renovado o julgamento se da publicação da pauta não foi intimada a recorrente, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

2. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII da Lei nº 8.069/90 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes.

3. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar.

4. Recurso especial a que se nega provimento.



(REsp 1176512/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

¹⁰ DIGIACOMO, Ildeara Amorino e DIGIACOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 7°. Curitiba: MPPR - CAOPCAE, p. 43.

¹¹ Expressão utilizada por Jaime Couso e trabalhada na presente dissertação quando da análise do artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança, onde o mesmo aponta que reduzir o direito a participação a um mero ato processual de escuta, seria reduzir o direito a mero direito de expressar opinião (COUSO, Jaime, “*El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*”, *Revista de Derechos del Niño, números três e cuatro*, p. 154)

¹² DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil. 18°. Salvador: Juspodium, 2016, p. 484.

¹³ DANELON, Márcio. A infância capturada: escola, governo e disciplina *apud* RESENDE, Haroldo de. **Michel Foucault: O governo da infância**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, p. 220.

¹⁴ Id, *ibid.*, pp.110-111.

¹⁵ COUSO, Jaime, “*El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*”, *Revista de Derechos del Niño, números três e cuatro*, Santiago: UNICEF, 2006, p. 160

¹⁶ **CR/88, Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; **Art. 134**. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do [inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal](#).

¹⁷ **CONANDA, Res. 113, Art. 8º** Para os fins previstos no art. 7º, É assegurado o acesso à justiça de toda criança ou adolescente, na forma das normas processuais, através de qualquer dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública. **§ 1º** Será prestada assessoria jurídica e assistência judiciária gratuita a todas as crianças ou adolescentes e suas famílias, que necessitarem, preferencialmente através de defensores públicos, na forma da Lei Complementar de Organização da Defensoria Pública. **§2º** A não garantia de acesso á Defensoria Pública deverá implicar em sanções judiciais e administrativas cabíveis, a serem aplicadas quando da constatação dessa situação de violação de direitos humanos. **Art. 9º** O Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Segurança Pública deverão ser instados no sentido da exclusividade, especialização e regionalização dos seus órgãos e de suas áreas, garantindo a criação, implementação, e fortalecimento de: **VI** - Núcleos Especializados de Defensores Públicos, para a imprescindível defesa técnico-jurídica de crianças e adolescentes que dela necessitem;

¹⁸ **ECA/90, Art. 3º** A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. **Parágrafo único**. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. **Art. 28**. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. **§1º** Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. **§2º** Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. **Art. 100**. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. **Parágrafo único**. São também princípios que regem a aplicação das medidas: **XI** - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa; **XII** - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a



ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

¹⁹ **Art. 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. **Parágrafo único.** Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem. **Art. 207.** Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor. **§ 1º** Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência. **§ 2º** A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato. **§ 3º** Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sido constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

²⁰ **Lei 13.431/17, Art. 5º** A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a: (...) **VI** - ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio; **VII** - receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo;

²¹ **Art. 12.** O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento: (...) **IV** - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

²² Lei Belga de 8 de abril de 1965, previa a obrigatoriedade do defensor do menor em toda audiência

Lei de 2 de Fevereiro de 1994, artigo 54º, parágrafo 1º prevê a obrigatoriedade de defensor em todas as causas, desde o início do processo e não apenas em audiência. Lei de 23 de Novembro de 1998 prevê que a assistência jurídica deve ser provida por Defensores Especializados em Infância e Juventude.



O castigo físico em crianças

The corporal punishment of children

Daniel Diamantaras de Figueiredo¹

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

daniel.diamantaras@gmail.com

Resumo

O artigo trata do castigo físico de crianças, correlacionando com o poder de correção dos pais e com o poder parental ou responsabilidade parental. Ademais, discorre-se sobre a aceitabilidade social dos castigos e a evolução normativa sobre a temática. É analisada a legitimidade desse tipo de conduta, levando em consideração os aspectos cíveis e criminais, bem como o conhecimento de outras áreas extrajurídicas acerca das consequências da imposição do castigo físico em crianças, além da atuação da Defensoria Pública em prol das crianças neste tema específico. É importante, ainda, contextualizar o tema com a forma em que é tratada em outros países e por fim analisar as Leis 10.031/14 e 13.431/17.

Palavras-chave: castigo físico em crianças. Poder de correção. Defensoria Pública

Abstract

This paper aims to analyze the corporal punishment of children, correlating with the power of correction of the parents and its legitimacy, taking into account civil and criminal aspects, as well as the knowledge of other areas about the consequences of the corporal punishment on children. In addition, it discusses the social acceptability of punishments and the normative evolution in this field. Besides it studies the role of the Public Defender on behalf of children on this issue. It is also important to contextualize this theme with the way it is treated in other countries and, finally, analyze federal laws 10.031/14 e 13.431/17.

Keywords: *corporal punishment of children. Power of correction. The role of the Public Defender.*

* Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.



INTRODUÇÃO

Neste ano em que o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) completa 30 anos, é bem oportuno voltarmos a um tema que não vem sendo bem desenvolvido na doutrina nacional: o castigo físico em crianças. O ECA foi alterado pela Lei 13.010/2014, conhecida como “lei da palmada” ou “lei do menino Bernardo”, a partir da qual o Brasil proibiu expressamente o castigo físico em crianças e adolescentes.

Atualmente, além do Brasil, são diversos países da Europa e América do Sul, que possuem em seu ordenamento jurídico normas coibindo o uso do castigo físico em crianças e adolescentes.

O presente estudo tem como objetivo analisar o poder de correção dos pais e a possibilidade do castigo físico moderado e as controvérsias em torno desse tema. É um assunto polêmico por se tratar da forma como os pais devem educar seus filhos.

Inicialmente, analisar-se-á brevemente a evolução do poder parental (ou responsabilidade parental¹) e o tratamento das crianças e adolescentes ao longo dos anos.

Após, o foco será no poder de correção dos pais, relacionando-o ao dever de educação e os castigos físicos, sendo que o objeto deste estudo será delimitado aos castigos físicos moderados e sua legitimidade.

Importante salientar que o Direito não pode se afastar das outras ciências, razão pela qual necessário um breve estudo sobre o tratamento dado ao castigo físico na perspectiva das ciências extrajurídicas, notadamente a partir da concepção de psicólogos, sociólogos, médicos, etc. e como deve agir o legislador diante deste quadro, incluindo o legislador penal em razão dos princípios da intervenção mínima e subsidiariedade.

Em seguida, será trazido à luz o importante papel que a Defensoria Pública possui na fiscalização e na contribuição em prol das crianças nesta temática.

Por fim, será pontuado como deve agir o legislador com base neste quadro existente, registrando se a solução para o controle dos castigos físicos deve vir pela seara civil ou penal.

1 PODER PARENTAL E BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Nas sociedades patriarcais as crianças eram vistas como propriedade do pai que exercia o poder dentro da família². O poder parental era um direito absoluto e ilimitado pertencente ao pai sobre os filhos que estavam numa posição de subordinação.

No direito romano, a *patria potestas* era inicialmente uma verdadeira soberania familiar, de cunho absoluto e perpétuo, a qual não se findava nem com a maioridade do filho, nem com seu casamento, e permanecia ainda que o filho ascendesse às mais altas funções do Estado.³ O filho só se tornava inteiramente romano, um “pai de família”, após a morte do pai e este era o juiz natural do filho ao ponto de poder condená-lo à morte por sentença privada.⁴



Como se vê em passagens do Velho Testamento da Bíblia, o pai tinha o direito de punir o filho, como, por exemplo, em Provérbios capítulo 13, versículo 24: “*Quem poupa a chibata odeia o filho, mas quem ama castiga continuamente*” ou ainda no mesmo Livro, no capítulo 19, versículo 18: “*Castiga teu filho se há esperança, mas não até fazê-lo morrer*”. E, por fim, no capítulo 23, versículos 13-14, a saber: “*Não poupes a correção ao menino porque, se lhe bateres com a vara não morrerá. Tu lhe baterás com a vara e livrarás a sua alma do inferno*”.

O poder parental exercido atualmente tem como escopo o suprimento da incapacidade dos menores e, principalmente, além do poder de representação, abrange o poder-dever de guarda⁵, o dever de prover o sustento, o poder-dever de dirigir a educação, o lazer, a liberdade, convivência familiar, a dignidade⁶. Trata-se, pois, de um poder que apresenta como principal base fundante o cuidado da pessoa do filho, incumbindo aos pais educá-lo e prepará-lo para a vida. Esse poder-dever de educação é “a principal linha de força do poder paternal”⁷, cabendo registrar que este poder familiar deve ser exercido no interesse dos filhos e da família, não em proveito próprio dos pais, sob a luz do princípio da paternidade responsável, previsto no artigo 226, §7º, da Constituição da República.⁸

Atualmente, o poder familiar é atribuído a ambos os pais, conforme se infere do artigo 21 do ECA e do artigo 1.631 do Código Civil.

Por séculos, foi bem comum o castigo corporal em crianças. Decorrente da relação hierarquizada entre pais e filhos, o poder de correção constituía um direito dos pais de castigarem moderadamente os filhos.⁹ Conforme uma pesquisa feita, na segunda metade do século XVIII, 100% das crianças norte americanas eram castigadas com vara, chicote ou outro instrumento. Inclusive na virada para o século XX, crianças de nacionalidade alemã eram regularmente submetidas a castigos, tais como arremessadas na água gelada ou na neve para torná-las mais fortes ou ficavam horas todos os dias ajoelhadas de frente para a parede, enquanto os pais comiam ou liam.¹⁰

Muito embora, atualmente, a comunidade esteja atenta aos fenômenos de agressões e tratamentos cruéis a crianças e adolescentes, o fato é que, em âmbito internacional, um instrumento importante surgiu apenas após a Primeira Guerra Mundial, em 1924, conhecido como a “Declaração de Genebra”, tendo como objetivo a necessidade de proteção específica de toda criança, independentemente de qualquer diferença de raça, nacionalidade ou crença.

Após a Segunda Grande Guerra, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos enfatizou em seu preâmbulo o “*reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana*”. Especificamente, assegurou proteção à infância, prevendo a necessidade de proteção social de todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio.¹¹

Seguindo o objetivo de proteção, em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança, enumerando diversos direitos e liberdade fundamentais inerentes às crianças, merecendo destaque o princípio de melhor interesse da criança. Apesar de ter sido um grande passo em prol da proteção às crianças e adolescentes, tal documento não possuía força jurídica para compelir os Estados signatários a promoverem a efetiva proteção aos direitos e garantias desses indivíduos.



Somente em 1989, foi aprovada a Resolução nº 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas e a Convenção sobre os Direitos da criança, provendo força jurídica internacional aos direitos das crianças e adolescentes. Todo Estado-parte deveria assumir o compromisso de assegurar à criança e adolescente, definidos como todo ser humano menor de 18 anos (artigo 1º, da Convenção), através de medidas legislativas, judiciárias e administrativas apropriadas, a proteção e os cuidados necessários ao seu bem estar, tendo em conta seus superiores interesses e os direitos e deveres dos pais, tutores ou outro responsável legal (artigo 3º).¹²

Ao longo da evolução histórica¹³, estes indivíduos sempre foram tratados diferentes, sendo mais objetos de direitos do que sujeitos deles e, como visto, apenas no século XX, criaram-se normas jurídicas mais eficazes de proteção aos direitos e garantias referentes à infância e juventude, atribuindo aos menores a condição de sujeitos de direitos.

2 PODER DE CORREÇÃO DECORRENTE DO PODER PARENTAL E DEVER DE EDUCAÇÃO DOS PAIS

No século XX, após amplo debate entre o conteúdo do poder parental, deixou-se de poder falar em direitos subjetivos dos pais exercidos no seu próprio interesse, para passar a utilizar poderes-deveres ou poderes-funcionais detidos por aqueles, no interesse dos filhos.¹⁴

Em outras palavras, a sujeição dos filhos ao poder parental (ou às responsabilidades parentais) se dá nos limites das normas que consagram direitos e deveres do Código Civil, no interesse e benefício das crianças e não no interesse dos pais.¹⁵

Os vastos exemplos de direitos-deveres (ex: velar pela segurança, saúde, sustento, educação, representação e administração dos bens), conjugado com a tradição e a circunstância biológica de que os filhos são gerados pelos pais, contribui ainda para um sentimento social de posse ou mesmo de propriedade a que estão sujeitos os filhos em relação aos seus genitores.¹⁶ Esta compreensão, apesar de, na maioria das vezes, poder trazer benefícios aos filhos em razão de sentimentos nobres de carinho, amor, proteção e subsistência, pode revelar um outro lado negativo de propriedade que pode desandar para os castigos físicos que nada mais são do que o uso da força física com a intenção de causar algum grau de dor ou desconforto, por mais leve que seja.¹⁷

A recente Lei 13.431/17, que trata de um sistema de garantia da criança e adolescente vítima de violência, também traz a definição de violência física (art. 4, inciso I¹⁸).

Certo é que o poder de correção não se restringe aos castigos físicos, sendo que o referido poder correccional pode ser entendido como uma reprimenda ou privação aplicada pelos pais no intuito de auxiliar na reparação de uma conduta reprovável dos filhos, como, por exemplo, proibir de andar com certas companhias, proibir de acessar a internet ou ver televisão e ficar no quarto de castigo.

O poder correccional decorre do dever de educação dos pais em relação aos filhos¹⁹ (previsto nos artigos 205, 227 e 229, da Constituição da República) que consiste no dever dos



pais de atender as necessidades intelectuais, morais e espirituais dos filhos, com fins ao seu amplo desenvolvimento nas áreas de sua vida.

No ordenamento jurídico brasileiro não está previsto expressamente tal poder, a não ser por uma interpretação lógica do artigo 1638, I, do Código Civil que prevê como perda do poder parental a ocorrência de castigos imoderados e o artigo 136 do Código Penal que preconiza em sua norma o crime de maus-tratos quando ocorre o abuso de meios de correção e disciplina.

Em certas ocasiões, os filhos não obedecem aos pais, sendo que não se pode prescindir nestes casos do poder correcional, forçando os filhos a seguir os seus conselhos, mesmo contra a sua vontade, desde que essa obediência coercitiva seja exercida no interesse deles.²⁰

Há quem diga que o “poder de correção” dos pais não existe mais em qualquer ordem jurídica e que o direito de os pais educarem os filhos não engloba o direito de os agredir, ofender sua integridade física e psíquica²¹, conforme veremos adiante. Todavia, entende-se que o poder de correção, como dito anteriormente, não se restringe à aplicação de castigos físicos, mas que abrange também certas privações ou reprimendas no intuito de educar os filhos diversos de um castigo corporal.

A opinião mais acertada é que o poder correcional deva continuar a existir por ser derivado do dever de educação dos pais e o não cumprimento deste dever pode ensejar, inclusive, a intervenção estatal, caso se verifique a necessidade²². Por outro lado, tal intervenção também pode ocorrer quando este poder de correção for utilizado de forma abusiva. Portanto, o que se vê como um movimento universal crescente na sociedade é que deve extirpar-se do poder de correção a sua aplicação através do castigo físico, *ainda que moderado*, permanecendo a possibilidade de outras medidas correcionais sem o uso da violência.

Diante disso, pode-se perceber que o poder correcional é um instrumento para que os pais possam exercer o seu dever de educação para com as crianças e adolescentes. No entanto, focar-se-á no presente no poder correcional relacionado especificamente à aplicação dos castigos físicos, a fim de avaliar sua legitimidade ou não.

3 CASTIGOS FÍSICOS

Dentro da concepção de castigos estão os físicos e os psicológicos. Como visto acima, a definição de castigo físico é qualquer castigo no qual a força física é usada com a intenção de causar algum grau de dor ou desconforto, por mais leve que seja (Comitê dos Direitos das Crianças; art. 4, inciso I, Lei 13.431/17).²³

Há também quem defina como toda violência exercida com o objetivo de causar um desconforto considerável, ou mesmo sofrimento, aos educandos, para que estes sintam (aqui o sentido da palavra aplica-se em toda a sua amplitude) que estão em falta, pelo menos para com os padrões dos educadores, e podem consistir em bofetadas, socos, pontapés, beliscões, açoites, palmadas, reguadas, empurrões, privação de alimentos, etc. Os castigos psicológicos podem ser: injúrias, difamações, ameaças, clausura forçadas, humilhações, etc.²⁴



Tais condutas castigadoras podem gerar diversos ilícitos criminais, tais como o crime de difamação, injúria, crime de ofensa à integridade física, maus tratos a menor, ameaça, sequestro, porém no presente estudo dar-se-á especial ênfase às ofensas à integridade física - que, como se sabe, possui proteção constitucional em razão da frequência com que crianças são submetidas a tais atos.

Muitos são os países que estão abolindo de seu ordenamento a possibilidade de aplicação de castigos físicos²⁵, inclusive Brasil^{26 27}, porém é de suma importância fazer uma distinção entre os castigos moderados e imoderados.

Quando se fala de castigos físicos e a possibilidade de os pais aplicarem aos filhos não se está tergiversando sobre maus-tratos, tortura ou ofensas que impliquem em intensa dor ou sofrimento. Para estes, há as normas já previstas, principalmente no Direito Penal, que determinam as penas a ser aplicadas.

A questão que se coloca para enfrentamento é em relação aos castigos físicos moderados, como uma palmada leve, um beliscão ou um puxão de orelha, utilizados e tolerados por parcela da sociedade como meios corretivos de educação. Tais atos muitas vezes são praticados fundados nos costumes, numa tolerância social ou numa conduta socialmente aceita e adequada.

Note-se que a discussão acerca da possibilidade de castigos físicos a crianças está intrinsecamente ligada às valorações sociais vigentes em uma determinada sociedade e num determinado contexto histórico, como foi visto nos capítulos anteriores quando comentou-se sobre a evolução do significado de poder parental.

A questão que surge é a seguinte: como resolver o problema de o legislador criar uma norma de proibição, seja civil ou penal, quando a sociedade ou grande parcela da sociedade aceita determinado fato? E como caminha a sociedade em cada um dos seus diversos setores sociais?

4 DA ACEITABILIDADE SOCIAL DOS CASTIGOS FÍSICOS

4.1 Da análise da matéria pelos organismos internacionais: ONU, Comitê dos Direitos da Criança, Conselho da Europa, Comitê dos Direitos Sociais e Tratados e Recomendações pertinentes

De fato, ao longo dos últimos anos, muitos países implementaram medidas sociais, educativas e legais com vistas a coibir o castigo físico como um instrumento de educação.

É certo que a Convenção sobre os Direitos da Criança proíbe qualquer forma de violência, abuso, sujeição à tortura ou a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes e obriga os Estados signatários a tomarem todas as medidas necessárias à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração (artigos 19, nº 1 e 37, alínea a), bem como a existência de outras normas internacionais proibitivas do uso da violência contra menores, existindo, ainda, atualmente diversas campanhas massivas de órgãos internacionais no mesmo sentido.



Nada obstante todo arcabouço jurídico internacional, muitos países signatários ainda não possuem legislação específica sobre a questão, sendo o tema sobre a legitimidade de aplicação de castigos às crianças ainda muito controverso e aceito por diversas pessoas na sociedade.

Daí poder-se dizer sobre um grau de tolerância social acerca dos castigos físicos, considerados por alguns como fatos lícitos, abarcados pela causa de justificação decorrente do direito de correção dos pais.²⁸ Desta forma, os pais estariam autorizados pela lei civil, em razão do poder parental ou responsabilidade parental, a aplicar castigos físicos moderados aos filhos, desde que norteados pela educação do menor²⁹. É o que se infere também do Relatório sobre castigo corporal elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Organização dos Estados Americanos (2009).³⁰

No entanto, conforme se observará, há um movimento da sociedade, incluindo, neste ponto, a doutrina jurídica, psicológica e parte da jurisprudência que condena esta prática em razão da violação a direitos fundamentais das crianças, tal como a sua integridade física e psicológica e, principalmente, por não trazer qualquer benesse à educação dos menores.

Maria Clara Sottomayor entende que a integridade física ou psíquica da criança lesada pelo castigo dos pais (cita como exemplos uma bofetada, fechar a criança num quarto ou puxão de orelhas) não pode ser considerado um bem jurídico insignificante e, para a autora, não há que se aplicar a figura da adequação social ou da exclusão da ilicitude, “devido à dor e à humilhação que provocam”.³¹

Como dito, a legitimidade de uma conduta depende das valorações sociais existentes num determinado período histórico. Até pouco tempo, o marido tinha o poder de correção sobre a esposa por ser esta submissa a ele, assim como a escravidão era uma prática “socialmente aceita”. Era considerado razoável, no século XIX, açoitar crianças e encarcerar crianças delinquentes conjuntamente com adultos.³²

Todavia, um fato ser considerado socialmente aceitável não impede o legislador, através da edição de normas, de alterar a concepção social então vigente numa certa sociedade. Sabe-se o alto grau de dificuldade que isto pode ter e até o risco de uma ineficácia da lei. Assim, a par da edição de normas, deve-se investir em políticas públicas de orientação, divulgação, acompanhamento dos pais, criação de meios extrajudiciais de resolução dos conflitos para que todo aquele sentido social seja alterado.³³

A jurisprudência também pode ter esse importante valor simbólico e pedagógico no combate à aplicação do maltrato infantil e também à aplicação de castigos físicos.

O Comitê dos Direitos da Criança, pertencente à Organização das Nações Unidas, vem monitorando e recomendando aos Estados-partes que excluam da educação os meios violentos de correção.³⁴

O Conselho da Europa também vem fazendo campanha para erradicação dos castigos corporais. Em 2004, a Assembleia Parlamentar adotou a Recomendação 1666(2004)³⁵, considerando que qualquer castigo físico aplicado às crianças é uma violação do seu direito fundamental da dignidade humana e da integridade física. Para atender a este objetivo, foi lançado um manual didático “*Eliminating corporal punishment: a human rights imperative for Europe's*



children” para informar e orientar todo o processo de tratamento que deve se dispensar às crianças (edição *Council of Europe Publishing*, 2005), onde também pode ser encontrada a recomendação acima referida.

Nesse sentido, a Assembleia Parlamentar, além de lançar apoio à “*Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children*” (*Iniciativa Global para o fim dos castigos físicos*)³⁶, convidou o Comitê de Ministros do Conselho Europeu a lançar uma campanha em todos os estados-membros no sentido de abolição dos castigos corporais na Europa.³⁷ Em dezembro de 2006, o Comitê de Ministros adotou a Recomendação Rec (2006)19 dedicada a “parentalidade positiva”, cujo objetivo é apoiar os pais, promover a educação na área dos direitos das crianças, conscientizar os pais sobre as responsabilidades parentais e criar programas e diretrizes que auxiliem os pais em situações difíceis, resolução dos conflitos e técnicas de imediação. Ainda, em 2007, a assembleia Parlamentar adotou a resolução 1530 (2007) e a recomendação 1778 (2007) com o título “*Child victims: stamping out all forms of violence, exploitation and abuse*”.³⁸

A proibição de bater em crianças representa uma “mudança impressionante de milênios” em que os filhos eram considerados propriedade dos pais e que o Estado não poderia se intrometer na estrutura familiar.³⁹ Ocorre que esta intromissão do Estado vem junto com outras para proteger direitos fundamentais, notadamente das crianças, que passam a ter sua autonomia respeitada.

4.2 Em uma perspectiva das ciências extrajurídicas

A ciência jurídica não deve caminhar de forma isolada às outras Ciências Sociais, sendo de suma importância os dados sociológicos e estudos psicológicos, a fim de que o Direito acompanhe a evolução na sociedade e tenha normas que efetivamente protejam os cidadãos. Assim sendo, impende notar que muitas das opiniões daqueles que se debruçam sobre o tema dos castigos físicos em crianças vêm fundamentadas em estudos médicos e psicológicos sobre os efeitos dos castigos físicos nas crianças e se tais castigos funcionam efetivamente para fins de educação.

Um desses estudos foi publicado por Margaret McCain e Fraser Mustard no Canadá, David Olds na América e David Farrington em Cambridge⁴⁰, no qual fornece provas de que tais formas negativas e abusivas de educar os menores causam danos de caráter permanente à formação das sinapses neurológicas do cérebro.

Um documento elaborado pela então Primeira Comissária para crianças na Tasmânia, Austrália, a pedido do *Law Reform Institute* sobre castigos aplicados às crianças fez referências que associações de perito, por exemplos de pediatras, psicólogos, pedo-psiquiatras e outros profissionais não apoiavam os castigos físicos.⁴¹

Nesse sentido, Filipe Silva Monteiro afirma que “todos os manuais de psicologia do desenvolvimento e de psicologia da educação alertam para o facto de os castigos físicos serem um desses meios instrumentais artificiais que em nada ajudam a criança a desenvolver-se dentro de um sistema pedagógico capaz.”⁴²



Roxin, ao analisar a lei alemã se a proibição do poder de correção, através do castigo físico, seria inconstitucional por violar o dever de educação dos pais previsto na Constituição, entende que se, segundo a opinião pedagógica absolutamente dominante que o castigo físico não é de maneira nenhuma educativamente legítimo, este não pode estar abarcado pelo dever de educação e por isso a proibição não afronta a Constituição.⁴³

Tanto é assim que estudos demonstram que as crianças que sofrem os castigos físicos, principalmente as mais novas, não são capazes de fazer uma relação direta entre a punição, através do castigo físico e que “parte específica” do seu comportamento não foi adequado.⁴⁴ Nesse sentido, também, Steven Pinker traz considerações de Murray Straus (“Children Should Never, Ever, Be Spanked No Matter What the Circumstances”) que uma das razões para proibir-se o castigo físico é que o fato de bater não é efetivo para reduzir o comportamento indevido comparando com a atitude de explicar o erro à criança e usar medidas não violentas.⁴⁵

Em suma, o que acontece é que a criança não reflete sobre sua conduta errada para que não se repita no futuro e, na verdade, esconde os seus erros apenas para não ser punida. Conclui-se, pois, que o castigo físico não atende a um conteúdo pedagógico, não trazendo qualquer benefício educativo para as crianças e, assim sendo, faltando a finalidade educativa⁴⁶, não há que se aceitar o castigo físico, nem mesmo o moderado.

Há outros estudos trazidos pelo psicólogo Luis Maia⁴⁷ que revelam que as crianças que são submetidas a castigos físicos de forma constante têm uma probabilidade “avassaladora” de envolver-se em comportamentos de risco, como uso de substâncias tóxicas, comportamentos agressivos e antissocial, problemas no controle de suas emoções e agressividade familiar.⁴⁸

Outras pesquisas mais recentes de Straus e Paschall analisadas por Luis Maia⁴⁹ demonstraram a relação que existe entre os castigos físicos (palmadas e puxões de orelha) com o desenvolvimento intelectual das crianças. As capacidades cognitivas das crianças foram avaliadas no início do estudo e 4 anos depois em 806 crianças com idades entre os 2-4 anos e 704 crianças entre 5-9 anos. As crianças das mães que não aplicaram os castigos físicos desenvolveram de forma mais acentuada as capacidades cognitivas do que aquelas que foram submetidas aos castigos físicos pelas mães. Interessante notar que quatro anos após a primeira avaliação cognitiva as crianças mais novas que nunca tinham sido submetidas aos castigos tiveram o nível de Quociente de Inteligência (QI) aumentado em 5,5 pontos, comparando com as outras.

É importante salientar que, muitas vezes, o que começa como um castigo físico moderado termina em maus tratos em razão da pequena distância que existe entre eles. Entende-se que para minimizar o risco de abuso físico é necessário minimizar o uso do castigo físico educativo.⁵⁰

Portanto, como se vê, há um grande movimento em prol da abolição dos castigos físicos contra as crianças, inclusive, os castigos considerados moderados, bem como uma pretensão de alteração da concepção social e tolerância ainda existente na mente de diversas pessoas e famílias.

O poder de correção, pois, deixa de ser o direito dos pais de castigarem os filhos⁵¹, relacionando-se mais especificamente ao poder-dever de educar e proteger as crianças, de sorte que a correção com caráter punitivo através de castigos físicos é substituída pelo dever de educação⁵², sendo permitido apenas censuras e reprimendas sem violência física no interesse educativo das crianças.



A dificuldade em se aceitar a utilização de castigos físicos é estabelecer critérios para analisar o caráter moderado ou socialmente adequado de tais condutas, fazendo com que as crianças sejam o único grupo, na sociedade, que pode ser agredido sem punição contra os autores da agressão.⁵³ Se, com relação aos adultos, não existe o direito de castigar um ao outro quando erra e todos seres humanos são passíveis de erro e, caso isso ocorra tais comportamentos incidem em tipos legais de crime, não há que se falar que castigar as crianças são fatos lícitos, ainda mais por serem pessoas mais frágeis e dependentes dos adultos.

Desta forma, levantam vozes na doutrina que é necessário intervenção da lei para que emita uma mensagem clara acerca da proibição dos castigos físicos e psíquicos, “para combater, no plano simbólico, este fenômeno de inequívoco caráter danoso, para toda a sociedade”.⁵⁴ Isso é imprescindível para que se altere uma concepção social e cultural de que agredir os filhos em nome de um poder de correção não é uma ofensa grave aos direitos das crianças.

5 DA INTERVENÇÃO DO DIREITO NA ABOLIÇÃO DOS CASTIGOS FÍSICOS

A questão que se coloca é se esta proibição deve vir através da edição de uma norma civil ou se o Direito Penal deve atuar com seus tipos legais e normas incriminadoras.

Com relação aos castigos físicos moderados, surgem vozes de que uma conduta considerada tão leve não teria dignidade penal e não seria relevante o suficiente para que o Direito Penal possa atuar. Outrossim, em nome do princípio da subsidiariedade e intervenção mínima, o Direito Penal, sendo a *ultima ratio*, deve deixar para outros ramos do Direito tratar de condutas que não possuem a intensidade de violação de bens jurídicos necessárias para justificar a atuação.

Ocorre que, por outro lado, há quem entenda que a intenção do Direito Penal atuar decorre da necessidade de passar uma mensagem séria e precisa acerca da proibição dos castigos, a fim de que não reste menor dúvida da violação de direitos fundamentais das crianças. De toda forma, a intenção não é para ter um caráter mais punitivo, recorrendo-se às incriminações dos pais transgressores das normas, mas ter um caráter educativo das pessoas, a fim de alterar esta concepção social ainda tão presente na sociedade.⁵⁵

A Suécia foi o primeiro país a abolir a possibilidade de castigo físico em 1979, tendo realizado um longo processo prévio de sensibilização social e cultural através de campanhas publicitárias, dirigida aos pais, que teve a duração de décadas. Esta iniciativa gerou uma consciência de que as crianças que são agredidas, ameaçadas aprendem não a corrigir comportamentos, mas que “violência gera violência”.⁵⁶

Tal campanha realizada alterou efetivamente a concepção social, uma vez que, em 1965, 53% dos suecos concordavam com os castigos corporais; em 2000, apenas 11% da população apoiava tal prática, sendo que hoje 92% dos pais pensam que é errado dar uma palmada no filho como forma de castigo físico.⁵⁷

A proibição dos castigos físicos na Suécia tinha três objetivos primários, conforme Durrant⁵⁸, quais sejam, (i) esperava-se que a lei produzisse uma mudança na pressão social de modo que um “bom” progenitor fosse visto como alguém que não usa castigos físicos; (ii) a



proibição tinha por alvo encerrar os debates sobre castigos físicos “aceitáveis” e “inaceitáveis” e mostrar às pessoas que o uso do castigo físico não estava autorizado e (iii) esperava-se que uma identificação mais precoce levasse a uma intervenção mais precoce, evitando que se subisse um degrau até os maus tratos daquelas condutas que começassem com um simples “castigo moderado” e agindo rapidamente poderia implementar medidas mais de apoio do que coercitivas.

Na Alemanha, em 2000, os castigos físicos foram proibidos, prevendo o § 1631, II, BGB que as crianças têm direito a uma educação sem violência e que os castigos corporais, as lesões psíquicas e outras medidas degradantes são ilícitas. Em 1998, já havia ocorrido uma alteração neste artigo proibindo “as medidas degradantes de educação, especialmente os maus tratos físicos e psíquicos (...)”. Porém, permitia a “possibilidade de excluir do conceito de maus tratos pequenos castigos físicos com fins educativos”.⁵⁹ Desta forma, com a reforma de 2000, o legislador quis estabelecer de forma mais evidente uma educação sem violência.

Procedendo-se a uma análise jurídico-penal, Roxin⁶⁰ entende que “uma palmadinha suave no traseiro e comportamentos similares sobre a criança não chegam a ser uma lesão física punível”, uma vez que, para que haja o maltrato, é mister que o “bem estar físico não seja afetado de modo insignificante”.

Uma questão que se coloca é que a escala da “insignificância” será diferente dependendo da idade da pessoa. Uma palmada numa criança de 2 anos será diferente quando aplicada em um adolescente ou se fosse dada em um adulto. O que pode ser insignificante para um adulto já não pode ser para uma criança que é mais sensível tanto no aspecto físico como psicológico. Objetivamente, a agressão pode ser mínima, mas pode ter efeitos “subjetivos agravados”.⁶¹

Isto leva a concluir que uma palmada ou beliscão em uma criança pode ter um grau de violência maior diante de sua sensibilidade e dependência com relação ao adulto, de tal sorte que, se ficar comprovado que não foi insignificante tal lesão, considerando os aspectos vistos acima, dúvidas não há de que pode ser considerado uma infração penal.⁶²

Outro ponto interessante é a análise da adequação social⁶³ e a relação com as normas civis e penais. É possível existir uma adequação social *contra legem*? Ou seja, se a lei passa a considerar um comportamento ilícito, seja por qualquer ramo do direito, pode continuar a falar de adequação social. Como já visto acima, a lei pode surgir com o fim de alterar uma concepção social vigente, divergindo, pois, de um sentido social existente.

E é a partir daqui, conforme sustenta Maria Paula Ribeiro Faria, que o “problema passa a se colocar no interior da ordem jurídica, no plano da articulação entre ilícitos e ramos do ordenamento (...) em relação ao Direito Civil não há dúvida de que, se a sua norma quis eliminar um determinado sentido social, este sentido não se pode sobrepor à norma. Mas, em relação ao Direito Penal, uma vez que este ramo do direito e o seu ilícito apenas reagem a sentidos sociais mais intensos, dada a imposição constitucional de necessidade e subsidiariedade da sua intervenção, não será de perguntar do grau de vinculação das normas penais a esta proibição do castigo físico?”. A referida autora responde que há quem defenda uma unidade do ilícito e do acompanhamento do direito penal da valoração do direito civil, mas outros entendem que a norma penal possui características próprias que a “vinculam à não punibilidade de determinadas formas de conduta”.⁶⁴



Nesse sentido, Roxin aduz que Günther aplica a construção das causas de exclusão do injusto penal também ao direito paterno de correção. Diz que junto “às causas de justificação que são válidas para todo ordenamento jurídico, existe outra categoria de causas de exclusão do injusto penal, as quais, devido a falta de necessidade da pena, só eliminam o injusto penal. Assim, a supressão do direito paterno de correção no Direito Civil não impede que se admita que o injusto penal se exclua, porque a intromissão do Estado na família aparece como uma medida político-criminalmente inoportuna.”⁶⁵

Em 1983, antes da reforma da lei alemã, Maria Paula Ribeiro Faria explana que Günther entendia que o direito de correção, reconhecido pelo Direito Civil, “era susceptível de constituir fundamento para a afirmação de uma causa de justificação especificamente penal sempre que o educador ultrapassasse em pouco as margens de legitimidade desse poder de correção. Tratava-se de admitir que a conduta do educador, que aplicasse um castigo dentro do poder de correção legalmente reconhecido, era legítima, lícita, justificada face a todo ordenamento jurídico. Mas que poderia haver casos de abusos do direito, em que essa conduta, ilícita para o direito civil, ainda não o era verdadeiramente para o direito penal. Passar-se-ia, pois, a uma zona intermediária em que a conduta ilícita ainda não atingia o limiar da ilicitude penal”.⁶⁶

Após a reforma e com o fim do direito de correção jurídico-civil, entende a citada autora que as causas de justificação especificamente penais mantêm-se, mas que a lógica deixa de ser a lógica do “abuso” da permissão para passar a ser na lógica da escassa necessidade punitiva do fato, que não permite a sua relevância penal.⁶⁷

No entanto, para Roxin, pelo Direito vigente tal como está na Alemanha, todo castigo físico das crianças está proibido e é punível como lesão física quando atingido um grau de importância e gravidade suficiente. E continua afirmando que uma bofetada dolorosa (sonora) ou uma surra são em princípio puníveis como lesão física e se o legislador quer evitar uma criminalização da família, principalmente naqueles casos em que existe uma relação entre pais e filhos íntegra e afetuosa e, em regra geral não problemática, mas que, por vezes, em uma situação isolada, ocorre uma lesão simples que ultrapassa, inclusive, uma mera insignificância, então que deve pensar numa criação pelo legislador de uma causa de exclusão da punibilidade.⁶⁸

Nada obstante a existência de toda discussão jurídico-penal, o entendimento mais correto é que a proibição fique na seara civil⁶⁹ com aplicação de medidas como encaminhamento dos pais a programa oficial de proteção à família, encaminhamento a tratamento psicológico e cursos ou programas de orientação e advertência, tal como feito pelo Brasil, com a edição da lei 13.010/14. Lembre-se que a discussão, no presente trabalho, é focada no castigo físico moderado, pois, para os imoderados e os que se enquadrem em proibições normativo-penais, a lei penal já traz a solução.

No Brasil, o referido diploma legal veio coibir toda e qualquer forma de castigo físico, determinando que a criança e adolescente têm o “direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer



peessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.” (artigo 18-A, do Estatuto da Criança e Adolescente, acrescentado pela lei 13.010/2014).⁷⁰

Assim, é mister que todos os órgãos responsáveis por questões afetas às crianças sejam chamados para fiscalizar e contribuir com o *fim dos castigos físicos*.

Em complemento à citada Lei 13.010/14, outro diploma normativo que cabe trazer à baila é a Lei 13.431/17. Trata-se de um avanço importantíssimo na proteção dos direitos das crianças, trazendo um microsistema de garantias às crianças (e também aos adolescentes). As normas constantes deste diploma legal se somam as já existentes tanto no plano internacional, como no plano interno (constitucional e legal), dando mais eficácia à atuação dos órgãos públicos ao criar mecanismos mais qualificados de atendimento às crianças vítimas de violência.

Neste íterim, a Defensoria Pública, como protetora dos direitos humanos e a partir de seu viés democrático-constitucional, se destaca como um dos órgãos que deve agir em prol das crianças, nos exatos termos do comando normativo trazido no art. 4º, inciso XI, da LC 80/94 que prevê como uma das funções institucionais da Defensoria Pública atuar de forma individual e coletiva para a defesa dos interesses da criança e do adolescente, o que inclui também adotar condutas que visem ao fim do castigo físico.

Desta forma, a Defensoria deve prestar um atendimento qualificado e humanizado às crianças vítimas de violência, *concretizando e dando eficácia* às normas da Lei 13.431/17 que, em seu artigo 5º, incisos V e VII, elenca como direito da criança a representação jurídica e a assistência qualificada jurídica, respectivamente.

A Defensoria, ainda, pode atuar como curadora especial nas hipóteses em que os interesses do incapaz colidirem com os do representante legal, conforme art. 72, inciso I, 2ª parte, do Código de Processo Civil, art. 142, parágrafo único, 1ª parte, do ECA e art. 4º, inciso XVI, da LC 80/94.

Interessante observar que o Brasil seguiu as recomendações de que uma proibição deve vir acompanhada de políticas públicas para que se altere a concepção social e incentive as pessoas a utilizar formas não violentas de educação.

Com efeito, a já referida Lei 13.010/14 determinou à União, Estados, Distrito Federal e Municípios que se articulem para a realização de políticas públicas e promovam “campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos” e também “a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo”.⁷¹

Espera-se, portanto, que a lei, com seu valor simbólico, mas também a atuação constante e eficaz da Defensoria Pública e de outros órgãos públicos, transmita à sociedade os novos valores e um padrão de educação sem violência às crianças, tornando os castigos físicos socialmente inaceitáveis.⁷²



CONCLUSÃO

Atualmente, as crianças deixaram de ser simplesmente objeto de direitos para serem consideradas como sujeitos de direitos. Já não se fala em direitos dos pais sobre os filhos, exercido no melhor interesse dos pais, mas sim em poderes-deveres, no melhor interesse da criança.

Como visto, o poder correccional persiste no mundo jurídico e decorre do dever de educação dos pais, previsto nas respectivas Constituições e leis ordinárias. Tal poder pode e deve ser exercido no melhor interesse dos filhos, porém não através de castigos físicos e/ou psicológicos, e sim por medidas alternativas de educação sem o uso da violência.

Viu-se também um movimento universal crescente, seja através da ONU, UNICEF, Conselho da Europa e os diversos Comitês existentes, bem como outros movimentos sociais de direitos humanos, em prol da abolição total da aplicação dos castigos físicos.

Outrossim, considerando que a ciência jurídica não deve caminhar de forma isolada às outras Ciências Sociais, buscou-se uma análise da realidade social pela visão dos psicólogos e verificou-se que, através de diversas pesquisas e estudos, o castigo corporal não traz qualquer benefício educativo, não sendo útil ao desenvolvimento das crianças dentro de um sistema pedagógico.

Ademais, os castigos físicos prejudicam de forma demasiada o desenvolvimento afetivo, social e cognitivo das crianças, fazendo com que estas possam ter comportamentos agressivos no futuro e antissocial, problemas no controle das emoções e agressividade familiar. A utilização de castigos corporais também passa a ideia às crianças que os problemas se resolvem com o uso da violência e quando adultos também agirão assim.

Assim, o pensamento que um castigo físico, ainda que leve, é para o bem da criança não deve existir, merecendo ser extirpado da sociedade, uma vez que apenas gera medo e uma submissão às regras impostas pelos adultos sem a compreensão efetiva por parte da criança do que se deve mudar no comportamento.

Infelizmente, para muitas pessoas ainda é normal e cabível a aplicação de castigos corporais que, apesar de não serem entendidas como violência, tais condutas são efetivamente violentas e injustas para com as crianças. Desta forma, é necessária a intervenção do Direito para que, através de suas leis, passe uma mensagem clara e precisa para que altere uma concepção social ainda existente e, por conseguinte, reduza a violência contra as crianças. Esta mudança de paradigma pode ser até exigente para alguns pais, mas, em matéria de direitos humanos, não se deve ceder aos costumes ou à cultura da população.⁷³

A proibição não deve vir especificamente pelo direito penal. Este ramo do Direito já possui normas próprias que serão aplicadas quando a violação ao bem for significativa e possuir dignidade penal. Em outras palavras, quando a conduta que aplicar o castigo físico ultrapassar o grau da insignificância e lesar bem jurídico protegido pela norma penal, o Direito Penal atuará. Caso contrário, haveria uma “criminalização da família” e os prejuízos que, por um lado se pretende evitar com a abolição da violência na educação, por outro destruiria a família com a



intervenção penal contra os pais em cada castigo físico moderado aplicado (e que não possuísse dignidade penal).

Sendo assim, o mais coerente é que a norma proibitiva do castigo corporal seja introduzida nas legislações através do direito civil com aplicação de medidas como encaminhamento dos pais à programa oficial de proteção à família, encaminhamento a tratamento psicológico e cursos ou programas de orientação e advertência.

Neste ponto, a participação da Defensoria Pública é imprescindível para realizar um atendimento jurídico qualificado e humanizado em prol das crianças (grupo vulnerável), concretizando seu viés democrático-constitucional e protetor dos direitos humanos.

Além da lei, há que se criar políticas públicas com o fim de alterar a concepção social e incentivar às pessoas a utilizar formas não violentas de educação. Neste sentido, será de suma importância campanhas educativas publicitárias para a divulgação do direito das crianças e prioridade total na utilização de castigos sem o uso da violência, bem como promoção de atividades junto aos pais para informar, debater e orientar sobre alternativas ao uso de castigo físico.

Diante disso, o que se pretende é que seja transmitido à sociedade um novo padrão de educação sem violência tornando os castigos físicos socialmente inaceitáveis e, sob a luz do princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, abster-se de tratar as crianças com preconceito e como seres inferiores, devendo, na verdade, cultivar uma cultura de respeito e amor pela criança que, como visto, é titular de direitos fundamentais.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMBIKAPATHY, Patmalar. Castigos físicos de criança. Tradução portuguesa por Manuela Baptista Lopes. *Infância e juventude*, Lisboa, n. 2 (abr./jun.), p. 47-79, 2005.

_____. Crime prevention: family violence in the physical punishment of children, comunicação apresentada na *Crime Prevention Conference* organizada por *Australian Institute of Criminology* em Sydney, Austrália, em setembro de 2002. Versão publicada em português. *Infância e Juventude*, Lisboa, n° 3, jul./set., p. 87-100, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*, vol. III, 2002.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família – uma questão de direito(s)*. 2° ed. atual., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

BOYSON, Rowan. *Equal Protection for Children: an overview of the experience of countries that accord children full protection from physical punishment*. London: National Society for the Prevention of Cruelty to Children (NSPCC), 2002.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*, Tomo I, 2° ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COELHO, Alberto Baltazar, Delimitação dos campos de aplicação dos processos tutelares de Regulação do Exercício do poder parental e de alimentos devidos a menores. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, ano 28, n° 1-4, jul./set., p. 461-487, 1986.

COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA – COMENTÁRIO GERAL N° 8 (2006). O Direito da criança à proteção contra o castigo físico e outras formas cruéis ou degradantes de castigo (artigos 19, 28 (2) e 37 inter alia). Tradução de Iara Costa Leite, Organização não-governamental Save the children, Suécia. *Infância e Juventude*, Lisboa, n° 3, jul./set., p. 09-31, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 4° ed. reform. e atual., Coimbra: Editora Almedina, vol. I, 2012.

DIAS, Cristina. A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. *Revista Julgar*, Lisboa, n° 4 (jan./abr.), p. 87-101, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, Tomo I, 2° ed. (2° reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1° ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

DOWSHEN, Steven. *Disciplining your child*. Kids Health for Parents. Disponível em <http://kidshealth.org/parent/emotions/behavior/discipline.html#cat146>. Acesso em 03 de ago 2015.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime*. Lisboa: AAFDL, 1989.

DURRANT, Joan E. Uma geração sem palmadas: o impacto da proibição dos castigos físicos na Suécia. Tradução de Manuela Baptista Lopes. *Infância e juventude*, Lisboa, n. 1 (jan./mar), p. 25-82, 2005.



_____. Physical punishment of children: lessons from 20 years of research. *Canadian Medical Association Journal (CMAJ)*, set. 4, vol. 184, n° 12, p. 1373-1377, 2012.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de. A lesão da integridade física e o direito de educar – uma questão também jurídica. In: VAZ, Manuel Afonso; LOPES, J.A. Azeredo (coords). *Juris et de jure*. Nos vinte anos da faculdade de direito da universidade católica portuguesa – Porto, Porto: Universidade Católica Portuguesa, p. 901-929, 1998.

_____. O castigo físico dos menores no Direito Penal. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra editora, p. 607-645, 2003.

_____. *A adequação social da conduta no direito penal*. Teses, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

_____. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*, Tomo I, 2º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 5º ed. rev. e atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. I, 2009.

GARCIA, Isadora; OLINGER, Marianna; ARAÚJO, Tatiana. *Pelo fim os castigos físicos e humilhantes: manual para sensibilização e pais, mães e cuidadores de crianças*. Disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Pelo-fim-dos-castigos-fisicos-e-humilhantes.pdf>. Acesso em 14 jul 2020.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 4º ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. 6, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*, 2º ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Código Civil comentado*, vol. XVI, São Paulo: Atlas, 2003

MADEIRA, Laura Fernandes. Castigos corporais na educação das crianças. *Revista Julgar Online*, 2014, p. 1-22. Disponível em <http://julgar.pt/castigos-corporais-na-educacao-das-criancas/>. Acesso em 04 ago 2015.

MAIA, Luis. *Educar sem Bater: um guia prático para pais e educadores*, 3º ed., Lisboa: Editora Pactor, 2011.

MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Poder paternal e assistência social*. Gabinete de Estudos Sociais, série A, n° 1, Lisboa, 1969.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 37º ed., atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, vol. 2, 2004.

MONTEIRO, Filipe Silva. *O direito de castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos: análise jurídico-penal*. Braga: Editora Livraria Minho, 2002.



NEVES, Castanheira; BARDOU, Raquel. O direito das crianças à proteção contra qualquer forma de violência: Algumas notas sobre a questão dos castigos corporais em Portugal. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coords.). *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Editora Almedina, p. 375-400, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme de. *O direito da família*. In: Temas de direito da família. 2º ed. aum., Coimbra: Coimbra Editora, p. 223-230, 2001.

Organização dos Estados Americanos (2009). *Relatório sobre castigo corporal e os direitos humanos das crianças e adolescentes: promovendo a defesa e o respeito dos direitos humanos das crianças e adolescentes nas Américas*. Disponível em <http://www.cidh.org>. Acesso em 14 jul 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 3º ed., Lisboa: AAFDL, 2010.

PINKER, Steven. *The better angels of our nature: a history of violence and humanity*. London: Penguin Books, 2012.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4º ed. e 2º reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

RIBEIRO, Cristina; MALTA, Wilson; MAGALHÃES, Teresa. O castigo físico de crianças. Estudo de revisão. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, ano XX, nº 22 (dez.), p. 55-73, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2º ed., Madrid: Editorial Civitas, 2008.

_____. La calificación jurídico-penal de la corrección paterna. *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, Madrid, 2ª Época, nº 16, p. 233-242, 2005.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara (coord.). *Cuidar da justiça de crianças e jovens: A função dos juízes sociais*. Actas de encontro, Coimbra: Editora Almedina, p. 9-63, 2003.

_____. Existe um poder de correção dos pais? A propósito do acórdão do STJ, de 05-04-2006. *Lex Familia*. *Revista Portuguesa de Direito de Família*, Coimbra, ano 4, nº 7, p. 111-129, 2007.

_____. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014.

STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal: parte general: el hecho punible*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

VEYNE, Paul. O império romano. In: ARIÉS, Philippe, DUBY, Georges (dir.). *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. Tradução Hildegard Feist (título original: *Histoire de la vie privée: de l'Empire romain à l'an mil*), vol. 1, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.



- ¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*, vol. XVI, São Paulo: Atlas, 2003, p. 187-188.
- ² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 32.
- ³ MONTEIRO, Filipe Silva. *O direito de castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos: análise jurídico-penal*. Braga: Editora Livraria Minho, 2002 p. 24.
- ⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. 6, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 413. VEYNE, Paul. O Império Romano. In: ARIÉS, Philippe, DUBY, Georges (dir.). *História da Vida Privada: do império romano ao ano mil*. Tradução Hildegard Feist (título original: Histoire de la vie privée: de l'Empire romain à l'an mil), vol. 1, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 30.
- ⁵ No tocante a este ponto previsto no inciso II, do art. 1.634, do Código Civil, conforme Pontes de Miranda, os pais têm o direito de obrigar os filhos a residirem consigo ou em algum lugar que lhes aprouvesse. Tais direitos dos pais correspondem ao dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda dos pais (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, §234, p. 124).
- ⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, op. cit., p. 417. Cf. artigos 1.634 do Código Civil e arts. 227 e 229 da Constituição da República. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 3º ed., Lisboa: AAFDL, 2010, p. 310-311. Para um maior desenvolvimento sobre o poder parental ou responsabilidade parental, cf. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 5º ed. rev. e atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. I, 2009, p. 273-304.
- ⁷ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 167.
- ⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 37º ed., atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, vol. 2, 2004, p. 346.
- ⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*, op. cit., p. 33.
- ¹⁰ PINKER, Steven. *The better angels of our nature: a history of violence and humanity*. London: Penguin Books, 2012, p. 517.
- ¹¹ Artigo 25 (...), §2º “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.
- ¹² Conforme define SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*, op. cit., p. 52-53, “A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 é o documento internacional que reflete a especificidade da infância, concebendo, de forma inovadora, a criança como pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, com o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito. As crianças como sujeitos de direito são dotadas de uma progressiva autonomia no exercício dos seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades, adquirindo um estatuto de cidadania social. Os Direitos das Crianças consagrados pela Convenção e subdivididos em três categorias (direitos de provisão, direitos de proteção e direitos de participação) são direitos extra-constitucionais, com a mesma força os direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição (arts. 16, 17 e 18, da CRP).”
- ¹³ Sobre e evolução histórica do tema, cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4º ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. Sobre evolução do Direito das Crianças, sua autonomia como ramo do direito e evolução histórica, cf. também SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*, op. cit., p. 21-64.
- ¹⁴ COELHO, Alberto Baltazar. Delimitação dos campos de aplicação dos processos tutelares de Regulação do Exercício do poder parental e de alimentos devidos a menores. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, ano 28, nº 1-4, jul./set., 1986, p. 472. Sobre a discussão da natureza jurídica do poder parental, cf. MIRANDA, Jorge. *Poder paternal e assistência social*. Gabinete de Estudos Sociais, série A, nº 1, Lisboa, 1969, p. 17-26. PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4º ed. e 2º reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*, vol. III, 2002, p.59-60, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 4º ed. reform. e atual., Coimbra: Editora Almedina, vol. I, 2012, p. 910.
- ¹⁵ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família – uma questão de direito(s)*. 2º ed. atual., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 177.
- ¹⁶ MONTEIRO, Filipe Silva. *O direito de castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos*, op. cit., p. 26
- ¹⁷ Art. 18-A, parágrafo único, ECA, norma incluída pela Lei 13.010/14. Cf. também *COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA – COMENTÁRIO GERAL* Nº 8 (2006). O Direito da criança à proteção contra o castigo físico e outras formas cruéis ou degradantes de castigo (artigos 19, 28 (2) e 37 inter alia). Tradução de Iara Costa Leite, Organização não-governamental Save the children, Suécia. *Infância e Juventude*, Lisboa, nº 03, jul./ set., 2006, p.13.
- ¹⁸ Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência: I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico.
- ¹⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*, op. cit., p. 327.
- ²⁰ DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime*. Lisboa: AAFDL, 1989, p. 71-72.



²¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Existe um poder de correção dos pais? A propósito do acórdão do STJ, de 05-04-2006. *Lex Familiaris. Revista Portuguesa de Direito de Família*, ano 4, n° 7, 2007, p. 119-121. Idem. O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara (coord.). *Cuidar da justiça de crianças e jovens: A função dos juízes sociais*. Actas de encontro, Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 46-48.

²² Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*, op. cit., p. 315 que afirma que “o pai que omita culposamente o cumprimento de deveres decorrentes das responsabilidades parentais pode ser sancionado com a inibição do exercício destas responsabilidades (cf. 1915, n° 1) (...) É a específica funcionalidade das responsabilidades parentais que legitima a interferência do Estado na relação dos pais com os filhos menores”.

²³ Cf. nota 18 e 19.

²⁴ MONTEIRO, Filipe Silva. *O direito de castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos*, op. cit., p. 28

²⁵ Já são 60 países que possuem legislação com o fim de coibir o castigo físico, cf. www.endcorporalpunishment.org. Acesso em: 14 jul 2020.

²⁶ Lei 13.010, aprovada em 26/06/2014.

²⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Existe um poder de correção dos pais*, op. cit., p. 127.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2° ed., Madrid: Editorial Civitas, 2008, p. 751, que afirma que a conduta é típica, porém justificada, desde que também não produza danos à saúde e não seja degradante ou humilhante, ressalvando que tal comentário foi feito anteriormente à reforma da lei alemã, em 2000, como veremos adiante.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, Tomo I, 2° ed. (2° reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 506.

³⁰ Disponível em <https://cidh.oas.org/pdf%20files/CASTIGO%20CORPORAL%20PORTUGUES.pdf>. Acesso em 14 jul 2020.

³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Existe um poder de correção dos pais*, op. cit., p. 124. Entende que a única hipótese de utilização de força física contra a criança é para protegê-la contra si própria, por exemplo, quando se recusa a colocar um cinto de segurança no carro, se atira no chão num centro comercial e se recusa a levantar-se ou quando coloca os dedos numa tomada e mesmo assim a força física só será considerada lícita quando não exceder a proporção exigida pela necessidade de afastar a criança do perigo. Nesse caso, conclui a autora que não se estará numa situação de castigo, mas de uma medida preventiva ou protetora de danos, pois o castigo exige uma transgressão ou desobediência por parte da criança.

³² AMBIKAPATHY, Patmalar. Castigos físicos de criança. Tradução portuguesa por Manuela Baptista Lopes. *Infância e juventude*, Lisboa, n. 2 (abr./jun.), 2005, p. 50.

³³ A título de curiosidade, cf. FARIA, Maria Paula Ribeiro de. O castigo físico dos menores no Direito Penal. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra editora, p. 624 que cita numa nota de rodapé sobre como são criados ou modificados sentidos sociais, abordado pelo autor LAWRENCE LESSIG no artigo The regulation of social meaning. *The University of Chicago Law Review*, vol. 62, 1995, número 03, p. 943 e ss.

³⁴ Mais informações podem ser obtidas no sítio www.endcorporalpunishment.org.

³⁵ Disponível em <https://pace.coe.int/en/files/17235/html>. Acesso em 28 set 2020.

³⁶ Em 2001, foi lançada em Genebra esta iniciativa com o apoio da UNICEF, pela UNESCO e por diversos órgãos de defesa dos direitos das crianças.

³⁷ NEVES, Castanheira; BARDOU, Raquel. O Direito das crianças à proteção contra qualquer forma de violência: Algumas notas sobre a questão dos castigos corporais em Portugal. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coords.). *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 391.

³⁸ Disponível em: <https://pace.coe.int/en/files/17499/html>. Acesso em 28 set 2020.

³⁹ STEVEN, Pinker. *The better angels of our nature*, op. cit., p. 527.

⁴⁰ Estudos citados por AMBIKAPATHY, Patmalar. Crime prevention: family violence in the physical punishment of children, comunicação apresentada na *Crime Prevention Conference* organizada por *Australian Institute of Criminology* em Sydney, Austrália, em setembro de 2002. Versão publicada em português. *Infância e Juventude*, Lisboa, n° 3 (jul./set.), 2004, p. 87-100. Cf. também AMBIKAPATHY, Patmalar. *Castigos físicos de criança*, p. 51.

⁴¹ *Ibidem*, p. 51.

⁴² MONTEIRO, Filipe Silva. *O direito de castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos*, op. cit., p. 41.

⁴³ ROXIN, Claus. La calificación jurídico-penal de la corrección paterna. *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, Madrid, 2ª Época, n° 16, 2005, p. 236.

⁴⁴ DOWSHEN, Steven. *Disciplining your child*. Kids Health for Parents. Disponível em <http://kidshealth.org/parent/emotions/behavior/discipline.html#cat146>. Acesso em: 03 de ago 2015.

⁴⁵ PINKER, Steven. *The better angels of our nature*, op. cit., p. 524-525.



⁴⁶ DURRANT, Joan. Physical punishment of children: lessons from 20 years of research. *Canadian Medical Association Journal (CMAJ)*, set. 4, vol. 184, n° 12, 2012, p. 1375.

⁴⁷ Estudioso do tema e especialista nesta área. MAIA, Luis. *Educar sem bater: um guia prático para pais e educadores*. 3° ed., Lisboa: Editora Pactor, 2011, p. 11. Ver também diversos estudos citados pelo autor na página 21 em que se verifica a ausência de benefícios dos castigos corporais às crianças. Pelo contrário, os estudos revelam que aumenta a probabilidade das crianças apresentarem comportamentos agressivos na escola, ensinar a criança que o uso da força e a provocação de dor e sofrimento nos outros é normal e quanto mais intensos são os castigos corporais, maior é a probabilidade de a criança se tornar ela própria numa agressora familiar na sua vida adulta.

⁴⁸ Cf. GARCIA, Isadora; OLINGER, Marianna; ARAÚJO, Tatiana. *Pelo fim os castigos físicos e humilhantes: manual para sensibilização e pais, mães e cuidadores de crianças*, p. 9-10. Disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Pelo-fim-dos-castigos-fisicos-e-humilhantes.pdf>.

Acesso em 14 jul 2020.

⁴⁹ MAIA, Luis. *Educar sem bater*, op. cit., p. 11.

⁵⁰ RIBEIRO, Cristina; MALTA, Wilson; MAGALHÃES, Teresa. O castigo físico de crianças. Estudo de revisão. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, ano XX, n° 22 (dez.), 2011, p. 62.

⁵¹ Contra, cf. CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*, Tomo I, 2° ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 521, que afirma que “o poder/dever de educação-correção dos pais pode justificar certos castigos corporais ou privações de liberdade”, desde que sejam aplicados sob o ponto de vista da necessidade, adequação, proporcionalidade e razoabilidade. Com relação à nossa opinião, concordamos apenas com certas privações de liberdade, desde que, de fato, atenda também os requisitos mencionados pelo autor. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*, op. cit., p. 506-507.

⁵² DIAS, Cristina. A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. *Revista Julgar*, Lisboa, n° 4 (jan./abr.), 2008, p. 96.

⁵³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Existe um poder de correção dos pais*, op. cit., p. 112. Cf. Idem. O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança, op. cit., p. 48.

⁵⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Existe um poder de correção dos pais*, op. cit., p. 116.

⁵⁵ Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Existe um poder de correção dos pais*, op. cit., p. 127, informando que o objetivo de uma lei deste tipo, como foi salientado nos países que já adotaram, não é a perseguição criminal dos pais, mas a atribuição de um valor mais profundo à dignidade das crianças como pessoas e a adequação da nossa ordem jurídica à Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989.

⁵⁶ RIBEIRO, Cristina Silveira; MALTA, Wilson; MAGALHÃES, Teresa. *O castigo físico de crianças*, op. cit., p. 60.

⁵⁷ DURRANT, Joan E. Uma Geração sem Palmadas: O impacto da proibição dos castigos físicos na Suécia. Tradução de Manuela Baptista Lopes. *Infância e Juventude*, Lisboa, n° 01 (jan./mar.), 2005, p. 25. Cf. também <http://www.endcorporalpunishment.org>. Acesso em: 10 de jan 2015.

⁵⁸ DURRANT, Joan. *Uma Geração sem Palmadas*, op. cit., p. 30.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *La calificación jurídico*, op. cit., p. 234. STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal: parte general: el hecho punible*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005, p. 221. Cf. também JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 662, para quem o castigo moderado poderá ser aplicado se objetivar unicamente o fim educativo, *não sendo motivado por ira ou sadismo*.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *La calificación jurídico*, op. cit., p. 235. Uma problemática levantada por ROXIN é se qualquer castigo físico que supere o patamar da insignificância é punível como lesão física. Poderia se pensar que quando ocorresse uma violação da norma de proibição do §1631, II BGB deveria ter início uma persecução penal. Ocorre que o projeto de lei alemã da proibição do castigo tem como objetivo a abolição da violência na educação sem a criminalização da família. Nesse sentido, para o citado autor, se por um lado, há que se pretender uma educação sem violência porque isso é prejudicial aos jovens, por outro lado, destruiria mais famílias do que pacificariam se fosse “mobilizar o Direito Penal por causa de cada bofetada motivada para corrigir as faltas graves das crianças”. Para parte da doutrina alemã, por exemplo, BEULKE considera que os castigos físicos proibidos são apenas aqueles que são ao mesmo tempo degradantes e que uma “bofetada comedida” não apresentaria caráter degradante e por consequência não estaria em contradição com a redação do § 1631, II BGB quando fosse adequado a uma situação concreta e utilizado com finalidade educativa (cf. ROXIN. *La calificación jurídico*, op. cit., p. 236).

⁶¹ MONTEIRO, Filipe Silva. *O direito de castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos*, op. cit., p. 58-59. cf. FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*, Tomo I, 2° ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 309, para quem “a relevância da lesão é avaliada por critérios objetivos, de acordo com um padrão objetivo médio”.

⁶² Em Portugal, cf. notícia veiculada na mídia (Jornal de Notícias) em que se constatou que um abanão num bebê ou numa criança de até 3 anos é um castigo físico que pode levar a morte e que está sendo cada vez mais identificado nos serviços de saúde de Portugal. Disponível em:



http://www.jn.pt/PaginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=2998415&page=-1. Acesso em: 30 jul 2015. Cf. ainda MADEIRA, Laura Fernandes. Castigos corporais na educação das crianças. *Revista Julgar Online*, 2014, p.17-18. Disponível em <http://julgar.pt/castigos-corporais-na-educacao-das-criancas/>. Acesso em 04 ago 2015.

⁶³ A doutrina se divide entre aqueles que consideram que o princípio da adequação social é uma causa de exclusão da tipicidade, causa de justificação e causa de exclusão da culpabilidade (ou causa de desculpação). Para maiores esclarecimentos sobre a teoria da adequação social e, notadamente, sua aplicação ao direito de correção, cf. FARIA, Maria Paula Ribeiro. *A adequação social da conduta no direito penal*. Teses, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005. Ressalte-se que nesta obra, a autora entende possível que o castigo físico aplicado com finalidade educativa, reunidos alguns pressupostos, pode ser considerado atípico e não simplesmente justificado (p. 611); ao que parece altera entendimento anterior esposado em 1998 no artigo: Idem. A lesão da integridade física e o direito de educar – uma questão também jurídica. In: VAZ, Manuel Afonso; LOPES, J.A. Azeredo (coords). *Juris et de jure*. Nos vinte anos da faculdade de direito da universidade católica portuguesa – Porto, Porto: Universidade Católica Portuguesa, p. 921-929, 1998.

⁶⁴ FARIA, Maria Paula Ribeiro. *A adequação social da conduta no direito penal*, op. cit., p. 597.

⁶⁵ Cf. ROXIN, Claus. *La calificación jurídico*, op. cit., p. 237.

⁶⁶ FARIA, Maria Paula Ribeiro. *A adequação social da conduta no direito penal*, op. cit., p. 597.

⁶⁷ Ibidem, p. 598. Transcrevendo GÜNTHER, a autora afirma que “O Direito de Família pode determinar efetivamente a ilicitude de tais formas de conduta, mas não pode prejudicar uma decisão genuinamente penal como é a de tomar posição acerca da criminalização dessa conduta e a sua punição com uma sanção penal.” A reforma da lei civil alemã não valeria, assim, para o direito penal, porque em relação a este existe uma causa de justificação especificamente penal destes comportamentos que GÜNTHER designa como “privilegio educativo”.

⁶⁸ ROXIN, Claus. *La calificación jurídico*, op. cit., p. 240-242. Esta seria utilizada para os casos em que há uma correção moderada, com fins educativos, para corrigir uma grave conduta dos filhos e serviria para evitar uma penalização criminal dos pais, realizando uma ponderação, em que as finalidades extrapenais têm prioridade frente à necessidade de pena. Assim, o castigo físico compreendido numa causa de exclusão da punibilidade continuaria sendo uma “lesão física, ilícita, típica, antijurídica e culpável”, de modo que a intenção do legislador de proibir uma violência na educação manter-se-ia preservada e, se renunciaria por motivos extrapenais (política familiar) a aplicação de uma pena aos casos mais simples. Deste modo, se alcançaria a finalidade do legislador de proibição do uso de violência na educação sem criminalizar a família, de um ponto de vista de política social.

⁶⁹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1º ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 407. Os autores afirmam que para impor ou legitimar uma criminalização não basta a dignidade penal de uma conduta, sendo necessário resolver num segundo momento em sede de *carência de tutela*, isto é, o direito penal deve ser a *ultima ratio* do controle social (princípio da subsidiariedade).

⁷⁰ Antes de tal proibição expressa, parte da doutrina já defendia a impossibilidade de aplicação de castigo físico, ainda que moderado, em razão da violência à integridade física dos filhos e que o artigo 227, da Constituição brasileira traz como dever da família colocar a criança ou jovem salvo de toda forma de violência, crueldade e opressão e, sem sombra de dúvidas, o castigo físico se enquadra aí (cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*, 2º ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 285).

⁷¹ Art. 70-A do ECA.

⁷² Tal como ocorreu na Suécia, cf. DURRANT, Joan. *Uma Geração sem Palmadas*, op. cit., p. 33. Cf. também BOYSON, Rowan. *Equal Protection for Children: an overview of the experience of countries that accord children full protection from physical punishment*. London: National Society for the Prevention of Cruelty to Children (NSPCC), 2002, em que é feita uma análise da evolução e das medidas tomadas contra a utilização dos castigos físicos em diversos países. Conclui, ainda, que políticas públicas voltadas à educação das pessoas que não vem conjugadas com proibições legais dos castigos tem um efeito limitado e, portanto, a política pública de educação deve vir acompanhada de lei, a fim de que tenha uma eficácia maior (p. 67).

⁷³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Existe um poder de correção dos pais*, op. cit., p. 128.



Hospitalidade, empatia e socioeducação

Fernando Augusto Pinto da Silva

Bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP

Pós-graduando em Processo Civil

Estagiário voluntário da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

fernando.silva@direitosbc.br

Giancarlo Silkunas Vay

Pós-graduado em Criminologia e Direito penal pelo ICPC-Uninter/PR

Pós-graduando em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola

Superior do Ministério Público/RS

Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie/SP

Defensor Público do Estado de São Paulo

giancarlofoy@gmail.com

Resumo

Este trabalho tem como escopo apresentar delineamentos entre o ato infracional, a socioeducação e a pedagogia, a partir de saberes da pedagogia, criminologia, e das teorias deslegitimantes da pena e do sistema penal como um todo, bem como da perspectiva de que o Direito posto e aplicado se apodera de outras áreas do conhecimento para que possa se legitimar enquanto sistema, não diferindo tanto do construído na etapa do menorismo. Nesse diapasão, pretendemos desenvolver o trabalho sem especismos, discutindo a questão socioeducativa em um território comum para os atores do Sistema de Garantia de Direitos, dentre eles juristas e pedagogos, visando discussões multi e interdisciplinares acerca do tema. Trata-se de um estudo para além da simbologia que uma norma carrega, mas do seu impacto prático.

Palavras-chave: ato infracional. pedagogia. socioeducação.

Abstract

This work aims to present delineations between the infraction, the socio-education and the pedagogy, from the knowledge of pedagogy, criminology, and the de-legitimizing theories of punishment and of the penal system as a whole, as well as from the perspective that the Law put and applied it takes over other areas of knowledge so that it can legitimize itself as a system, not differing so much from the one built in the stage of minority. In this tuning fork, we intend to develop the work without specism, discussing the socio-educational issue in a common territory for the actors of the Rights Guarantee System, among them jurists and pedagogues, aiming at multi and interdisciplinary discussions on the theme. It is a study beyond the symbolism that a standard carries, but its practical impact.

Keywords: juvenile criminal act. pedagogy. resocialization.



Introdução

A distância entre as promessas legais e a realidade da execução das medidas socioeducativas é algo que certamente deveria incomodar. O necessário e belo *dever-ser* do ECA e da LSINASE, acompanhado de toda axiologia que o cerca, não se compatibiliza com o *ser*, muito pelo contrário, parece com ele contrastar. Adolescentes passaram a figurar como sujeitos de direito, credores de garantias penais e processuais penais juvenis, cuja responsabilização deve encontrar limites, como na proibição de tratamento equiparado (ou mais gravoso) a adulto, mas a ideia “pedagógica” da medida continua a assombrar as Varas da Infância e Juventude, relativizando regras e permitindo velhas práticas da doutrina menoristas, sob o pretexto de se estar fazendo um bem.

Apesar da constitucional previsão de que o adolescente é pessoa em especial fase de desenvolvimento, quando no sistema são descaracterizados, pouco se sabe de sua história, senão o que consta de prontuários; pouco se ouve o adolescente, senão em seu interrogatório; pouco se fala em projeto pedagógico, senão para apontar a evasão escolar e imputá-la a um, não necessariamente dito, desvio de caráter.

Propõe-se, aqui, a analisar um pouco a questão sob o prisma do desenvolvimento do adolescente. De suas perdas, de sua família, escola, sociedade, e para a resposta estatal ritualizada, apontando-se algumas falhas quanto ao discurso legitimador e à execução da medida, sugerindo-se, se assim for possível, alternativas.

1. Hospitalidade e(m) crise

A educação, como cuidado humano, é vista por Carlos Skliar (2003) como hospitalidade. Inicialmente, ao nascermos, essa hospitalidade seria sentida com o acolhimento dado pelos pais, um conforto, um lugar melhor, sem condicionantes, amparando-nos em nossas necessidades que passam a surgir quando deixamos o útero.

Na escolarização, nessa etapa que configura a passagem da infância para a juventude, há uma normal fragilidade na experiência de cuidado ao se confiar a criança a outras pessoas, fora do núcleo familiar, ao que se faz necessária uma nova hospitalidade no processo socioeducativo, conferida muitas vezes por professores, pelo conjunto de alunos ou outra figura de referência comunitária.

Nesse período costuma-se noticiar certo abandono na hospitalidade parental ao verem seu filho/a como se já tivesse autonomia suficiente para ser considerado e tratado como um outro, nem sempre considerando-se a passagem da fase infantil à adolescência como um mero (e tamanho!) processo de mudanças biológicas que necessitam do acompanhamento de um adulto referência para ajudá-lo. A ideia de enxergar o filho, aqui, como um outro estranho, desconhecido, que não necessitaria do mesmo apoio incondicional que se dava nos primeiros anos de vida.

Em paralelo, com a configuração patriarcal de nossa sociedade, também percebemos que na interação com as demais crianças se percebem mudanças graduais em relação ao carinho para o outro e para si.



Temos por elucidativo o exemplo extraído do importantíssimo estudo realizado por Niobe Way (*apud* GILLIGAN, 2011) sobre as amizades masculinas e a crise de conexão, em que o menino J., de 15 anos de idade, de uma escola pública localizada na zona urbana, relatou:

[Meu melhor amigo e eu] nos amamos... é isso... você tem essa coisa que é profunda, tão profunda, está com você, você não consegue explicar isso. É apenas uma coisa que você sabe que aquela pessoa é aquela pessoa... e isso é tudo o que deve ser importante em nossa amizade... Eu acho que na vida, as vezes duas pessoas podem realmente, realmente se entender e realmente ter confiança, respeito, e amor um pelo outro. Isso simplesmente acontece, é a natureza humana.¹ (WAY *apud* GILLIGAN, 2011, p. 168)

J. trata por “natureza humana” nossa capacidade de entender uns aos outros, de confiar, respeitar e amar. Além disso, J. fala que é algo profundo, que não se pode explicar, algo que “simplesmente acontece”. Mas algo também “simplesmente acontece”, quando J. descreve, dois anos depois, sobre como sua amizade mudou de lá para cá:

Eu não sei, talvez não muito, mas eu acho que melhores amigos se tornam amigos próximos [close friends]. Então é isso basicamente a única coisa que mudou. É como se melhores amigos se tornassem amigos próximos, amigos próximos se tornassem amigos genéricos [generic friends], e então amigos genéricos se tornassem conhecidos [acquaintances]. Então eles apenas... Se tiver uma distância, se for eu não sei, natural ou algo assim. Você pode dizer isso, mas isso simplesmente acontece assim.² (WAY *apud* GILLIGAN, 2011, p. 168)

Para Gilligan (2011), J. não sabe se esse processo de distanciamento é natural, mas no final do ensino médio ele agiu como a maioria dos garotos do estudo de Way, que disseram que tiveram amizades próximas com outros amigos e, gradualmente, essa relação foi se desfazendo.

Comparando diversas fases de desenvolvimento, a autora aproxima seus estudos em parceria com Judy Chu, com os desenvolvidos por Way, mencionando que as relações entre meninos de quatro e cinco anos de idade são retratadas como de grande intensidade, cheias de energias e amor. Na passagem da pré-escola (*pre-kindergarten*) para o ensino infantil (*kindergarten*) e início do fundamental, os meninos começam a se mostrar mais desatentos, inarticulados, indiretos e inautênticos em seus relacionamentos. Na pré-adolescência, dilemas morais começam a ser tratados com racionalidade e em plena adolescência esses dilemas passam a ser mais elaborados com hipóteses e condições. Por fim, ao final do ensino médio e da adolescência, os jovens tendem a ter como alinhado à ideia de independência a de masculinidade e evitam a todo custo que relacionem sua proximidade com outros rapazes como sendo algo ligado à homossexualidade.

Os valores do patriarcado passam a ser paulatinamente incorporados e, com isso, o amor, a entrega, a empatia, passam a ser minados em prol de um comportamento “mais adulto”, conforme os papéis de gênero socialmente construídos. O provedor, independente e que se cala quanto a seus sentimentos.

A esse cenário podemos ainda acrescentar a inóspita “sociedade de consumidores” (BAUMAN, 2008). O bombardeio midiático para o consumo que impulsiona cada vez mais as crianças, desde logo, a comportamentos egoístas, a cada uma ter o seu próprio item, inclusive criando-se precocemente uma cisão entre aquilo que é de todos – dentro do âmbito da família – e aquilo que é da propriedade dela, com todos os contornos que daí possam advir.



A outra face da moeda está justamente na impossibilidade de se alcançar as metas culturais estabelecidas. A contestação do seu com o dele, do ideal com o real, do desejável com o possível e, assim, do desejo infantil com as condições materiais de seus pais que, imersos no sistema capitalista, por excelência contraditório, não terão como dar aquilo que seus filhos pedem.

A TV, ao consagrar esse mundo idílico ao qual só se tem acesso pelo consumo, pode estar espezinhandando ainda mais, humilhando num ritual incessante aqueles que se vêem excluídos do mercado. É então que jovens que se vêem expulsos desse paraíso da publicidade, segregados daquela “cidadania” que pode ser comprada, insurgem-se de forma violenta contra os privilegiados. Tomam à força o que o mercado não lhes permite adquirir dentro da lei. Num mundo cujas significações decorrem da mediação estabelecida nos meios de comunicação, esses jovens criminosos não estão “matando por um par de tênis”, como se diz. Eles matam, sim, para se apropriar de um significante que lhes ateste a existência, e esse significante pode ser o símbolo da Nike. (BUCCI in ILANUD, 2001)

Daí, inclusive, uma nova sensação de abandono parental, e social, de insuficiência no acolhimento de suas necessidades, de revolta.

2. Ato infracional

Embora não possamos tomar o todo pela parte, eis que as causas para o crime são múltiplas, a começar por ser o crime uma construção política que pode variar de lugar para lugar, ao prazer dos membros do *establishment* (BECKER, 2009), a estigmatizar como criminoso tanto o agressivo homicida quanto o piedoso desertor, não se pode ignorar que da crise do esperado com o alcançado, bem como da ausência de acolhimento como hospitalidade, temos o surgimento de comportamentos disfuncionais ao idealismo econômico-social.

Uma curta passagem introdutória de Erving Goffman (2013) ilustra o que se quer explicar:

Lembro-me de que, mais de uma vez, por exemplo, ao entrar numa biblioteca pública perto de onde eu morava, olhei em torno duas vezes antes de realmente entrar, para me certificar que nenhum de meus conhecidos estava me vendo.

Analisando esse trecho com a obra de Gilligan e o estudo de Way (GILLIGAN, 2011), temos que a norma real de socialização destoa da norma ideal do *establishment*, tanto quanto irreais forem as perspectivas de conquista das metas culturais pelos meios institucionais apresentados (MERTON *apud* SHECAIRA, 2018). O garoto “descolado”, interessante, popular e, por isso, mais selecionável dentro de seu grupo social, não é o que frequenta bibliotecas ou o que faz poesia e declara seus sentimentos e aflições diante da contrariedade do mundo. Esse papel é assumido pelos que demonstram, coletivamente, desdém por esse garoto “nerd”, ainda que em suas casas sejam estudiosos, “afeminado”, ainda que internamente sofram com suas perdas pessoais, e “caxias” ou “regulão”, ainda que para si prezem pela ordem e pelo respeito.

Nesse conflito de valores pode surgir o desvio analisado nas subculturas delinquentes (COHEN *apud* SHECAIRA, 2018), em manifestação de desprezo pelas normas idealizadas do *establishment*, ou



próprio da inovação (MERTON *apud* SHECAIRA, 2018) com a busca das metas culturais por meios próprios, ainda que de forma ilegal.

Como discorre Marshall Rosenberg em sua obra “Comunicação não-violenta” (2019), a violência tem como origem uma necessidade humana não atendida.

O sistema penal – e o juvenil não se difere nesse aspecto – tem como finalidade o controle social mediante a retribuição equivalente do crime (SANTOS, 2017) e a gestão diferencial da criminalidade (DIETER, 2013). Não busca reduzir a violência na sociedade, nem prevenir o crime, nem integrar socialmente alguém. Não está preocupado com quem é o menino ou a menina que está entrando no sistema, qual sua história, quais suas etapas de socialização, quais seus motivos para a prática do ato. Nem poderia, pois isso exigiria, no mais das vezes, uma autocrítica impensável a um aparelho ideológico a serviço de um sistema econômico bem delineado. Se presta a verificar a incidência *fattispecie* da norma penal, sob a ótica da seletividade bem apontada pelos teóricos do *labelling approach* e da criminologia crítica.

Nesse aspecto, esperar da pena, no caso específico da medida socioeducativa, uma solução para “a questão social” é tão ingênuo quanto mal intencionado.

E então o Estado, normalmente omissivo em suas obrigações de prestar direitos sociais e proteção social, finalmente intervêm e o adolescente vem a conhecer sua face. Apesar de se colocar na figura de substituto paterno, de “bom pai” (ROSA; LOPES, 2011), o Estado assume o papel de pai omissivo ou, ao menos, de abandonador, ao não exercer a atividade básica de acolher. Muito pelo contrário, esse Estado que é um misto de menorismo tutelar com punitivismo repressivo (MENDEZ, 2015), não deseja escutar o adolescente, entender quem ele é, o que deseja, pelo que passou e o que pretende. Também não tem qualquer proposta para ele, senão uma resposta institucionalizada mais ou menos pré-estabelecida pela lei.

Jaime Couso (2013) aponta no sentido de que a “educação” que se propõe na medida socioeducativa possui um sentido completamente diferente do utilizado em circunstâncias normais. Essa educação, como já anunciamos, tem por finalidade o controle social, surgindo um desfiladeiro separando a necessidade de acolher, com a pretensão de punir/controlar derivativa do exercício verticalizado do poder³.

Educação, aqui, passa a ser a tentativa de conformar o adolescente às expectativas sociais idealizadas para a sua classe social, pelo *establishment*, as mesmas já compreendidas como dificultadoras ou impossibilitadoras de alcançar as metas culturais vendidas por essa mesma sociedade. É a tentativa que a classe política dominante tem de “colocar o adolescente rebelde em seu devido lugar”. De dissuadi-lo da sua revolta e do seu intento de inovação, seja pela dor da restrição de direitos, seja pela sua iniciação para o trabalho precarizado, que não tem nada de acolhedor, quando muito de alienação. Não é à toa que normalmente os trabalhos e cursos profissionalizantes oferecidos no cumprimento das medidas socioeducativas são manuais, de baixo valor agregado e sem grandes expectativas de sucesso na sociedade de consumo, embora comumente dignificados pelos membros do Sistema de Garantias sob o argumento de que todo trabalho é honesto, ou outras retóricas que não explicam, no fim do dia, a razão pela qual alguns tem, e outros não, acesso àqueles produtos que dão sentido a nossa existência.

O cenário entre o “nós”, agentes do Estado, e o “eles” adolescentes socioeducandos, passa a ser algo difícil de ser elidido. Tal dicotomia vai muito além da simples autoridade de um professor perante



seu aluno em uma sala de aula. O acolhimento, aqui, é difícil, ainda que o educador, individualmente, tente quebrar o ciclo de violência do qual o Estado, seu padrão, é um dos principais responsáveis. Ainda assim, são frequentes os relatos de violências sofridas por adolescentes em unidades de internação⁴, a demonstrar que a relação entre o “nós” e o “eles” não vai bem.

Verifica-se nessa relação o que Skliar (2003) denuncia como a ausência de consideração do “outro” – jamais considerado como “próximo” –, ausência de alteridade, de aceitar o outro como ele é. Conforme o autor, há uma verdadeira construção do outro pouco baseada na realidade, como se o outro (no caso em questão, o socioeducando) sequer fosse levado o centro dos questionamentos:

Há, então, um outro que nos é próximo, que parece ser compreensível para nós, previsível, maleável etc. E há um outro que nos é distante, que parece ser incompreensível, imprevisível, maleável. Assim entendido, o outro pode ser pensado sempre como exterioridade, como alguma coisa que eu não sou, que nós não somos. (SKLIAR, 2003)

Em suma, há quem nos seja mais próximo que outro e quem seja mais outro que próximo. Quando não conseguimos analisar com clareza o indivíduo com quem tratamos, corremos o risco de nos distanciarmos ainda mais daquele e é aqui em que o estigma ganha força, a ocasião em que passamos a aceitar que aquele indivíduo, enquanto outro, deve ser expiado, rebatido, banido, docilizado, dobrado, para que possa dar lugar a um próximo.

Em paralelo, ao passo que o Estado deixa de dar o acolhimento a esses adolescentes “em conflito com a lei”, ao seu revés, costuma-se verificar um certo acolhimento por aglutinação em relação aos demais socioeducandos, igualmente desamparados, que acabam adotando, como estratégia de sobrevivência, valores e meios próprios de socialização, destoantes dos que o sistema pretendia impor. Aliás, justamente por rechaçarem os “detentores da moral” que não os acolhe, fomenta-se uma cultura negativa, com valores opostos aos tidos como desejáveis. Não se sente mais necessidade em se encaixar no leito de Procusto, se pode, agora, ser o tecelão e descansar em sua própria rede. É em um clima tido como majoritariamente opressor que se sente a necessidade de união entre iguais.

É de Goffman (1981; 2013) a lição de que instituições totais, dessocializadoras, criariam um vínculo fruto do estigma que acompanhará o interno mesmo depois de liberto, causando modificações na percepção do indivíduo quanto a sua identidade, impotente e descolada das regras sociais esperadas e, por isso, sendo comum que passem a assumir a expectativa estigmatizada que lhe impõem (profecia autorrealizável), se tornando, enfim, o bandido ou o louco que lhe imaginam.

A história das facções criminosas, por sua vez, explica o porquê alguém passa a integrá-la. Não é por ganância criminosa ou para prática de crimes de forma organizada, mas por busca da hospitalidade, de pertencimento, de encontrar um espaço em que, finalmente, lhe deem valor e proteção, principalmente no ambiente extremamente hostil do cárcere (LIMA, 1991).

Para além disso, temos ainda o papel totalmente instrumental que se emprega à pedagogia quando da aplicação e da execução das medidas socioeducativas.

Para Couso (2013), a socioeducação real deveria ser fundamento para que se afastasse a pena ou ao menos que a mitigasse, eis que a almejada reintegração social seria alcançada por meios menos interventivos que os tradicionalmente aplicados. A medida de internação, portanto, seria medida última, sem falsas finalidades ressocializadoras, mas de necessidade de controle.



Não é esse o cenário que nos apresenta. Temos um mar de pseudo-justificativas, baseadas, falsamente, na pedagogia e na psicologia, primordialmente, que embasariam a aplicação das medidas socioeducativas como um benefício ao adolescente em conflito com a lei. Até não muito tempo realmente se entendia a defesa técnica como um empecilho à socioeducação a que o “adolescente infrator” faria jus. Claro que o mesmo não se pensava com os filhos das elites. Para os pobres, medida socioeducativa era uma correição a que os menores tinham direito. Claro que não era um direito cujo exercício era facultativo, daí a falácia.

Hoje, após a Lei 12.594/12, que trouxe como objetivo das medidas socioeducativas a responsabilização do adolescente e a desaprovação da conduta (art. 1º, § 2º, I e III), ficou mais difícil sustentar o engodo, mas ainda assim se transveste o controle da fixação, substituição, prorrogação e extinção da medida, por exemplo, com contornos psicopedagógicos que, concretamente, são carentes de qualquer respaldo da doutrina especializada.

Michel Foucault (1999), já verificava uma verdadeira tendência do Direito (Penal) de fagocitar as demais áreas que de certa forma interagem ou se fazem necessárias, ao menos para justificar a si próprio ou justificar o arbítrio de seus aplicadores⁵. O raciocínio toma uma ordem distinta da que se esperaria. Não se puniria para educar, mas sim se educaria para punir. A punição demonstrar-se-ia, naquele caso, enquanto uma necessidade, mas que não se sustenta sozinha nas sociedades contemporâneas.

A consolidação do entendimento jurisprudencial de que relatório técnico multidisciplinar favorável à substituição ou à extinção da medida socioeducativa não vincula o juiz anuncia: a pedagogia (e os demais saberes) é tida como mero instrumento, um acessório, mas não o principal. O laudo auxilia o juiz a sustentar sua decisão, mas apenas se ele concordar com o que lê.

É sobre essa corda bamba que os educadores passam a andar: uma educação emancipatória que aguce a revolta contra o próprio sistema que paga seu salário, o que provavelmente implicará em comportamentos desviantes contrários ao controle social; ou de moldar o adolescente em uma educação incapacitante, de negação do próprio “eu” e aceitação do(s) rótulo(s) que carrega, para retirá-lo do circuito judicial e inseri-lo no lugar de marginalizado conformado, na pacífica (re)inserção social pretendida.

3. Reconstruindo laços

Podemos nos questionar, o que fazer então? Qual a educação que se pode ofertar nesse cenário, confiante de que as leis e o Judiciário não tenderão a mudar tão rapidamente? Qual a pedagogia a se utilizar?

Gilligan (2011) apresenta, em seu texto referência, que desde o holocausto inteligência e educação formal não podem mais serem tomados como parâmetros morais para impedir o cometimento de atrocidades. As mais complexas tecnologias, pelos mais brilhantes pensadores da época, foram elaboradas para justificar ideologias racistas e para fazer com que se desse o domínio de um povo sobre o outro. O próprio desenvolvimento das farmacêuticas, de veículos automotivos e das estradas de ferro devem muito à empreitada nazifascista na primeira metade do século XX. Ainda assim, é corrente a surpresa quando se noticia a prática de um ato bárbaro por um jovem brilhante e estudado.



A educação formal, essencialmente bancária (FREIRE, 2014), nada tem relação com a ética do cuidado (GILLIGAN, 2011), de resistência à injustiça e ao auto-silenciamento. É a ética do cuidado que possibilitará que o ser humano seja visto como um ser humano, como alguém próximo.

Com um estudo realizado em Toronto, Canadá, a autora tenta responder a algumas perguntas primordiais: como nós perdemos a capacidade de se importar? O que inibe nossa habilidade de ter empatia com os outros? Como perdemos a capacidades de nos amar?

Mary Gordon, educadora canadense, desenvolveu em determinada escola um projeto que denominou de “raízes de empatia” (*Roots of Empathy*). Esse projeto, que tinha como público-alvo alunos do jardim de infância até a 7ª série, consistia no seguinte: todo mês durante o ano letivo, três visitas de 40 minutos eram agendadas com os alunos: de gestantes, bebês e mães de recém-nascidos. Esses encontros eram conduzidos por um instrutor devidamente qualificado. Durante essas visitas, as crianças se sentavam ao redor do bebê e de sua mãe (as vezes pai), em um cobertor, e tentavam entender os sentimentos do bebê. O instrutor auxiliava ao nomear os sentimentos percebidos. Segundo Gordon (*apud* GILLIGAN, 2011), seria uma excelente oportunidade para que as crianças entendessem seus próprios sentimentos e os sentimentos dos outros.

Como resultados, os professores teriam relatado que crianças mais fechadas sorriam, crianças aceleradas se focavam, crianças envergonhadas se abriam, as crianças pareciam mais empáticas e compreensivas, bem como menos agressivas umas com as outras, chegando-se à constatação de uma queda de quase 50% na violência escolar. Para a educadora, quando se tem emoção (positiva) e cognição acontecendo ao mesmo tempo, temos conhecimento profundo e é esse conhecimento que permanecerá.

Como outras atividades, as crianças tinham que fazer algo para cuidar do bebê, algo que estabelecesse uma conexão emocional. Cantar uma música, falar com uma voz gentil ou fazendo uma “árvore dos desejos” que seria uma atividade onde se apontariam os desejos positivos para com esse bebê. Para Gordon (*apud* GILLIGAN, 2011), a empatia não pode ser aprendida, mas pode ser apreendida, no sentido de restrição. Não existiriam meios para desenvolver a empatia – habilidade desenvolvida durante séculos para que o ser humano continuasse se perpetuando como espécie – mas sim para evitar que ela nos seja obscurecida.

Antônio Carlos Gomes da Costa (2006) tratou de abordar a socioeducação no cumprimento das medidas socioeducativas como elemento chave ao acolhimento de adolescentes em conflito com a lei. Segundo por ele exposto se esse adolescente é visto pela sociedade como um marginal é justamente porque a sociedade o deixou às suas margens, tendo o Estado falhado na prestação da saúde, da educação, da profissionalização, da saudável convivência familiar e comunitária, deixando de conferir essa hospitalidade mencionada por Skliar (2003), sendo a efetivação desses direitos fundamental para o sentimento de pertencimento.

Esse adolescente, em cumprimento de medida socioeducativa – e aqui nos restringiremos à de internação –, para além de ser um adolescente machucado em virtude da ausência de hospitalidade “no mundão”, por vezes se depara com uma situação tão ou mais cruel nas unidades de internação. Ausência de acolhimento por parte da direção ou dos agentes do estabelecimento – que se sentem em um cenário de guerra do “nós” contra o “eles” –, violências institucionais, restrições a direitos básicos como ao respeito, à dignidade e à identidade, impedindo a boa construção de sua autoestima que é o alicerce para



o autoconceito e a autoconfiança, cuja ausência dificulta sobremaneira a construção de um projeto de vida.

Na leitura de Antônio Carlos Gomes da Costa (2006), nos primeiros contatos adolescente-educador “que se forma, no educando, a imagem de atitude básica daquele adulto em relação à sua pessoa. Essa imagem poderá ser de aceitação, de indiferença ou de rejeição”. Daí que se considera que esse momento de hospitalidade “vai influenciar fortemente as posturas e atitudes assumidas pelo jovem nas etapas seguintes da relação. Por isso, a adoção de determinados cuidados por parte do educador, nesses contatos iniciais, é extremamente importante” para o processo de acolhimento e aceitação.

Nessa perspectiva lançada, de que os educadores passem ao adolescente a mensagem “de que ele é importante, de que alguém se preocupa com o que ele sente, de que alguém quer que ele se sinta bem naquele lugar”, temos o diferencial para que o adolescente compreenda a socialização dele esperada, ainda que se possa trabalhar, ao mesmo tempo, com uma educação crítica. A ideia é a de compreender o mundo para transformá-lo, canalizando o sentimento de revolta e reparando feridas emocionais. A raiva pela raiva é apenas destrutiva. O foco está no acolhimento, no sentimento de pertencimento, na hospitalidade, e na compreensão das contradições da vida e das suas (im)possibilidades de superação.

Gilligan (2011) nos dá notícia de que o experimento da empatia na escola de Toronto não trouxe ganhos apenas para as crianças, mas também para os professores. Na mesma linha, um ambiente hospitaleiro para os adolescentes ingressos no sistema socioeducativo não seria apenas benéfico para reconstrução do adolescente, mas do próprio trabalhador que na percepção do outro se reconheceria mais ainda como um próximo, deixando de ver seu trabalho como um campo a ser disputado pelo medo (MALLART, 2014) e sim como um espaço de realização pessoal.

Paulo Freire, em sua *Pedagogia da Esperança* (2016), joga luz para além daquilo que ele chamou de *Pedagogia do Oprimido* (2014), propondo uma prática pedagógica para a tomada de consciência em que a pessoa não seja uma mera espectadora da sua vida, mas uma figurante-autora. O estabelecimento de uma pedagogia que não só nos ensina a responder perguntas, mas também a fazê-las. Não existe um antagonismo entre o ensino crítico e o acolhimento.

Aliás, nada mais se esperaria da postura de um educador, senão a de ser alguém que acolha e, no acolhimento, que ensine. Daí que estamos com Gomes da Costa (2006) quando diz que existe uma questão equivocada:

que é necessária a criação de uma pedagogia específica para se trabalhar com o adolescente envolvido em questões de natureza jurídica. Trata-se, na verdade, de uma postura inteiramente distorcida e incoerente de se abordar a situação, porque costuma partir do pressuposto de que é coerente e necessário fazer coisa pobre para pobre, desenvolver trabalhos ruins para os “piores”. Nossa cultura nos dá muitos sinais nessa linha. Ela nos mostra inúmeros exemplos que evidenciam atitudes e posturas básicas que percebem em cada menino ou menina em conflito com a lei, a quem se dirige um trabalho social e educativo, tudo que o separa ou o diferencia dos demais adolescentes e jovens da sua idade. [...] Tudo que serve para trabalhar com adolescentes serve para trabalhar com adolescentes em conflito com a lei, porque toda ação educativa deve ser revestida de uma aposta no outro.

A atividade do educador não deve estar atrelada ao estigma do aluno. Condição econômica, regionalismos, gênero, cor, deficiência ou se cumpre medida socioeducativa. A relação entre quem se coloca como professor e quem se apresenta como aluno deve ser o mais horizontal possível, em uma convivência afetuosa, de acolhimento.



Daí que esse autor traz sua *Pedagogia da Presença* (1991) para o âmbito socioeducativo e, conforme apresenta, faz-se necessária uma dialética proximidade-distanciamento:

Pela proximidade o educador se acerca ao máximo do educando, procurando identificar-se com a sua problemática de forma calorosa, empática e significativa, buscando uma relação realmente de qualidade. Pelo distanciamento, o educador se afasta no plano da crítica, buscando, a partir do ponto de vista da totalidade do processo, perceber o modo como seus atos se encadeiam na concatenação dos acontecimentos que configuram o desenrolar da ação educativa. [...] Diante das manifestações inquietantes do educando - impulsos agressivos, revoltas, inibições, intolerância a qualquer tipo de norma, apatia, cinismo, alheamento e indiferença - deve o educador situar-se num ângulo que lhe permita ver, além dos aspectos negativos, o pedido de auxílio de alguém que, de forma confusa, se procura e se experimenta em face de um mundo, a seus olhos, cada vez mais hostil e ininteligível.

Para além, deve-se posicionar de forma bastante clara que a educação “só é eficaz na medida em que reconhece e respeita seus limites e exercita suas possibilidades” (COSTA, 1991). Atribuir a ela algo que está além de suas possibilidades ou, pior ainda, que contraria toda a sua base, como é a ideia de controle social, é anulá-la e se fazer o que quiser em nome de um fantasma cujo corpo já se decompôs há tempos. É se colocar no lugar do canalha (MOLLO, 2016) e fazer da sua convicção a única visão de mundo possível, mesmo que a-científica.

Conclusão

É nítido o quanto o véu imaculado da socioeducação estatal (que se apresenta quase como um benefício) traz efeitos perniciosos ao sistema da proteção integral, subvertendo por completo sua lógica. Por meio de conceitos emprestados de outras áreas, como da Psicologia e Pedagogia, afastam-se, por vezes, garantias penais e processuais penais historicamente conquistadas no processo civilizatório, aplicáveis a adultos, sem uma real preocupação com o adolescente em si. O processo anda em marcha, não permite que se estanque indefinidamente para conferir uma real “proteção integral” ao sujeito de direitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A falência do sistema socioeducativo – por “melhor” que ele seja em relação ao desumano sistema penal de adultos – não é por acaso. Temos uma tragédia anunciada quando alteramos tão rapidamente a legislação, sem que a cultura judiciária a tenha acompanhado. Como já destacou Emilio Garcia Mendez (2015), a proteção integral ainda se vê à sombra do menorismo tutelar.

A pedagogia, radicalmente alheia aos anseios de controle social, tem o espaço, apesar do Sistema de Justiça, de proporcionar algo diferente, acolhedor, hospitaleiro, familiar, que permita uma autocompreensão e também seu pertencimento perante outras pessoas com as mesmas angústias, violências e inconformidades, de classe, gênero etc.

A (socio)educação deve ser libertadora para si e para o mundo, instrumento de investigação e canalização da raiva “sem causa” para seu potencial transformador, revolucionário. Ninguém precisa ensinar os meninos e meninas das classes mais pobres sobre a existência da injustiça. Sente-se isso, está no cotidiano, apenas não se compreende o porquê disso e quem é o seu responsável.

Paulo Freire propõe em sua “*Pedagogia da Esperança*” (2016), uma esperança consciente. Não uma crença de que a esperança por si só possui o poder de transformação da realidade e que se todos nós



nos descemos as mãos, e recolhêssemos uma certa quantia de doações, as injustiças do mundo se esvairiam. Mas sim uma esperança sem a qual a luta se torna desesperadora e titubeia. Uma esperança como um dos suportes fundamentais da luta que se pretende travar. Uma esperança, ancorada na prática, que une a vontade de mudar as coisas com o conhecimento sobre como fazê-lo. A práxis, levada a sério.

Referências bibliográficas

- BAUMAN, Z. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BECKER, H. S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUCCI, E. Violência na TV: um debate mal situado. *In* ILANUD. **Crime e TV**. Revista do ILANUD n. 13, 2001.
- COSTA, A. C. G. da. *In* SEDH/PR. **As bases éticas da ação socioeducativa: referenciais normativos e princípios norteadores**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.
- COSTA, A. C. G. da. **Por uma pedagogia da presença**. Ministério da Ação Social, 1991.
- COUSO, J. Princípio educativo e (re)socialização no direito penal juvenil. *In*: **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, [s. l.], ed. 8, 18 jun. 2013. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/adolescencia/article/view/225>. Acesso em: 11 set. 2020.
- DIETER, M. S. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- FREIRE, P. **Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.
- FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.
- GIAMBERARDINO, A. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GILLIGAN, C. **Joining the resistance**. Cambridge: Polity Press, 2011.
- GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. São Paulo: LTC, 1981.
- GOFFMAN, E. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LIMA, W. da S. **Quatrocentos contra um: uma história do Comando Vermelho**. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.



- MALLART, F. **Cadeias dominadas: a Fundação CASA, suas dinâmicas e as trajetórias de jovens internos**. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.
- MARQUES, I. *et al.* **Aí eu voltei para o corre: Estudo da reincidência infracional do Adolescente no estado de São Paulo**. [S. l.]: CONDECA, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/ai_eu_voltei_pro_corre_2018.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.
- MENDEZ, E. G. A responsabilidade penal juvenil na encruzilhada. Trad. Giancarlo Silkunas Vay. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano n. 23, n. 271, jun/2015, p. 2-3.
- MOLLO, J. P. **O delinquente que não existe**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ROSA, A. M. da; LOPES, A. C. B. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROSENBERG, M. B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Agora Editora, 2019.
- SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal: parte geral**. 7ª. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SANTOS, M. J. M. Sobre o possível parentesco entre o canalha e o psicopata. *In Ágora*. Rio de Janeiro [online], 2018, vol. 21, n. 2, p. 244-254. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982018000200244&lng=en&nrm=iso.
- SHECAIRA, S. S. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2020.
- SKLIAR, C. A educação e a pergunta pelos Outros: diferença, alteridade, diversidade e outros 'outros'. *In: Ponto de Vista*. Florianópolis, n. 05, 2003, p. 37-49.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Notas

¹ Tradução livre dos autores.

² Tradução livre dos autores.

³(...) desde que funciona o novo sistema penal — o definido pelos grandes códigos dos séculos XVIII e XIX — um processo global levou os juízes a julgar coisa bem diversa do que crimes: foram levados em suas sentenças a fazer coisa diferente de julgar; e o poder de julgar foi, em parte, transferido a instâncias que não são as dos juízes da infração. A operação penal inteira carregou-se de elementos e personagens extrajurídicos. Pode-se dizer que não há nisso nada de extraordinário, que é do destino do direito absorver pouco a pouco elementos que lhe são estranhos. Mas uma coisa é singular na justiça criminal moderna: se ela se carrega de tantos elementos extrajurídicos, não é para poder qualificá-los juridicamente e integrá-los pouco a pouco no estrito poder de punir; é, ao contrário, para poder fazê-los funcionar no interior da operação penal como elementos não jurídicos; é para evitar que essa operação seja pura e simplesmente uma punição legal; é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga. (FOUCAULT, 1999)

⁴ As medidas provisórias adotadas contra o Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (ex.: Caso da Unidade de Internação Socioeducativa de Cariacica – UNIS; Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM) e os acompanhamentos feitos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos são elucidativos.

⁵“E acima dessa distribuição dos papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, juizes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, ‘curar’; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral” (FOUCAULT, 1999).



Por que não acolher crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas? O que fazer?

Why not to shelter children and adolescents in therapeutic communities? What to do?

Marcelo Dayrell Vivas

Defensor Público do Estado de São Paulo, Mestre em Direitos Humanos (USP), Especialista em Dependência Química (USP) e Pesquisador do Centro de Pesquisas e Estudos em Direito Sanitário (CEPEDISA)

marcelodayrell@gmail.com

Resumo

O presente artigo busca analisar o cabimento jurídico do atendimento a crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas. Essas entidades têm se expandido no Brasil, com incentivo financeiro do governo federal. Em muitas localidades, a internação ou acolhimento se apresenta como única possibilidade de atendimento, inclusive entre crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente ou em cumprimento de medida socioeducativa. A Lei nº 13.840/2019 alterou a Lei de Drogas e estabeleceu a natureza jurídica das comunidades terapêuticas, definindo-as como entidades de acolhimento e não como estabelecimentos assistenciais de saúde. Com base nessa alteração legislativa, apresenta-se uma reflexão jurídica sobre a possibilidade de acolhimento a crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas, utilizando-se dos fundamentos do direito sanitário e dos conceitos do direito da criança e do adolescente. Ao final, ratifica-se a tese institucional aprovada pelo Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e da Juventude em 2019, posicionando-se pela impossibilidade de essas entidades acolherem crianças ou adolescentes e pela ilegalidade da Resolução CONAD nº 03/2020. São, ainda, apresentadas possibilidades de articulação de políticas públicas para atendimento às demandas relativas ao abuso de álcool e outras drogas por crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Saúde mental. Direito sanitário. Direito da Criança e do Adolescente.

Abstract

This article aims to analyze the legal basis for providing care to children and adolescents in therapeutic communities. These institutions have been expanded in Brazil with financial support from the federal government. In several Brazilian cities, admitting into a health facility or a shelter seems to be the only possibility of providing care. Act No. 13,840/2019 amended the Drugs Law and set the legal status of therapeutic communities, defining them as shelter entities rather than health care facilities. Based on this change, this article sets out to establish a legal reflection on the possibility of admitting children and adolescents into therapeutic communities by drawing on the principles of health law and on the notions related to children's right. It eventually ratifies the institutional thesis approved by the National Congress of Public Defenders of Childhood and Youth in 2019 and argues for both the impossibility of sheltering children or adolescents in these institutions and the illegality of Resolution No. 03/2020 enacted by the National Council of Drug Policies (CONAD). It also sheds light on the possible avenues for articulating public policies aimed at alcohol and other drug abuse by children and adolescents.

Keywords: Mental health. Health law. Children's Law.



Introdução

O presente artigo busca apresentar, com base no direito sanitário e no direito da criança e do adolescente, uma reflexão acerca da possibilidade de acolher crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas. O verbo “acolher” é utilizado intencionalmente diante da sua polissemia, e a explicação aqui adotada tem relação com a prática (“fazer” ou “defensorar”) e não com a terminologia acadêmica.

Acolhimento no direito da criança e do adolescente significa o antigo “abrigamento”, isto é, o afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar e sua inclusão em uma entidade de atendimento para ali residir temporariamente. A Lei de Drogas, a partir da sua alteração em 2019, adotou o termo acolhimento para o trabalho desenvolvido em comunidades terapêuticas, buscando diferenciá-lo do tratamento em saúde ou do abrigo institucional da política socioassistencial (previsto na tipificação dos serviços socioassistenciais, que inclui o acolhimento a crianças e adolescentes). Porém, na saúde e na saúde mental, acolhimento é o ato de receber, empaticamente, os usuários dos serviços, compreendendo suas demandas e como podem ser atendidas por aquele serviço ou não.

Crianças e adolescentes são acolhidos em entidades de atendimento reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Pessoas que fazem uso abusivo de álcool e outras drogas podem ser acolhidas em comunidades terapêuticas nos termos da Lei de Drogas e da regulamentação do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Quaisquer pessoas podem ser acolhidas em serviços de saúde.

O presente texto foi construído a partir de duas experiências: (i) a tese institucional aprovada no Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e da Juventude, em coautoria com a Defensora Pública Daniela Batalha Trettel¹; e (ii) o debate acerca da Resolução CONAD nº 03/2020, em conjunto com o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH).

A tese foi construída em discussões oriundas dos Núcleos Especializados de Cidadania e Direitos Humanos e de Infância e Juventude, ambos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a partir das demandas que surgem e, também, a partir das alterações da Lei de Drogas, gerando um parecer conjunto disponibilizado à Instituição. Sua apresentação se deu em evento realizado em Belo Horizonte, coordenado pela Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente do Conselho Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE).

Este artigo busca analisar o cabimento jurídico do atendimento a crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas, a partir das alterações da Lei de Drogas pela Lei nº 13.840/2019.

Assim, por que não acolher crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas? E o que fazer diante de demandas de atendimento para crianças e adolescentes que fazem uso abusivo de álcool e outras drogas?

Saúde Mental - Infância e Juventude – Álcool e Outras Drogas

A política pública de saúde mental no Brasil passa, desde meados da década de 1980, por intensa e contínua transformação e aprimoramento, com a adoção de importantes reorientações e novos paradigmas². A política de infância e juventude sofre semelhantes alterações no mesmo



período: mudança de orientação e paradigmas, transformações dos serviços e reorganização do atendimento. Em ambas as políticas, o foco orientador é a consideração da condição de sujeito do seu público-alvo.

Contudo, por razões até então não compreendidas, tais transformações não se cruzaram ou caminharam conjuntamente, pelo menos até o início dos anos 2000³. Talvez por conta do histórico de exclusão e desconsideração dos sujeitos, as duas políticas públicas voltaram-se para aqueles que eram seus “usuários”, “atendidos”, “assistidos” mais comuns.

Crianças e adolescentes não eram o público preferencial dos serviços psiquiátricos até os anos 1990, assim como a atenção em saúde mental não era a política setorial mais problemática para a infância e a juventude brasileiras⁴. Por isso, os movimentos e os gestores debruçaram-se sobre seus principais desafios daquele período – pessoas institucionalizadas em hospitais especializados, no caso da política pública de saúde mental, e crianças e adolescentes institucionalizados em serviços assistenciais ou de segurança pública, no caso da política infanto-juvenil⁵.

Não se ignora que crianças e adolescentes em situação de rua e usuárias de álcool ou “cola de sapateiro”, em especial nas grandes cidades, foram motivadores do reconhecimento público da falência das políticas desenvolvidas pelo governo federal. Isso, contudo, não levou, nos anos 1980, a uma discussão ampla do atendimento em saúde a essas crianças – até porque o tema do transtorno por uso de substâncias não era, até então, claramente uma temática da saúde mental⁶, nem mesmo nos manuais diagnósticos psiquiátricos⁷.

A demora para esse encontro entre Saúde Mental e Infância e Juventude pode ter contribuído para a criação de serviços e grupos de atendimento pouco alinhados à proteção da dignidade humana das pessoas que dizem atender – e, assim, pouco afinados à consideração de crianças e adolescentes, pessoas com transtorno mental ou usuárias de álcool e outras drogas como sujeitos de direitos⁸.

As próprias políticas de atenção aos usuários de álcool e outras drogas surgidas no início dos anos 2000 davam bastante ênfase aos grupos comunitários, sem defini-los ou detalhar seu trabalho, pois já havia uma grande diversidade entre grupos de ajuda mútua e comunidades religiosas, realizando ou não atividades de abrigamento. Essa multiplicidade de atores dificultou – e ainda dificulta – a sua qualificação como serviços socioassistenciais, sanitários, religiosos ou especializados em drogadição e distintos dos serviços anteriormente mencionados, como tentam agora se afirmar⁹.

Política pública de saúde mental, Política de drogas e Legislação aplicável

Não se pode dissociar a presente análise das transformações conceituais e dos avanços adquiridos nas políticas públicas de saúde mental no Brasil, tecidos de maneira lenta e processual ao longo de mais de três décadas¹⁰. Construiu-se uma nova forma de cuidado e atenção à saúde mental, na qual a produção de cidadania passou a ser considerada condição inegociável para se alcançar saúde¹¹.

Na esteira da reivindicação de familiares, trabalhadores e de pessoas anteriormente



segregadas e violadas em instituições manicomiais pelo Brasil, foram criadas legislações de garantia de direitos, ainda que implementadas à base de muita resistência. Apesar dos avanços, são muitos os desafios para a substituição dos antigos hospitais psiquiátricos por uma rede comunitária de atenção integral. Não se ignora também que o País ainda precisa investir na ampliação e qualificação desses serviços, de forma que sejam mais facilmente acessíveis à população, abertos, comunitários e inseridos no território¹².

Apesar de o cuidado em saúde ser objeto de densa base normativa a partir da Constituição Federal em 1988, a atenção à saúde mental, de maneira específica, passa a ser tratada somente a partir da Lei nº 10.216/2001, de modo que não existiam apontamentos relevantes nas normas legais anteriores¹³. Referida lei trata dos direitos dos usuários de serviços de atenção à saúde mental, voltando-se, também, à afirmação de seus direitos, independentemente de qualquer forma de discriminação¹⁴.

Para além da regulamentação da internação, que costuma ser mais divulgada, a Lei nº 10.216 também atribui ao Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento da política de saúde mental, pela assistência e pela promoção de ações de saúde, prevendo a participação da sociedade e da família. Na sequência, como mais conhecido, há um regramento sobre modalidades de internação (voluntária, involuntária e compulsória), condições para sua realização (a internação somente pode ser realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos), cabimento (indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes), objetivos (oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais e de lazer) e local (vedada a sua realização em instituições com características asilares).

Especificamente no que se refere à internação para drogadição, cabe trazer à baila a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), alterada em 2019, mas que já trazia, em seu texto original, a previsão de atendimento a usuários de drogas em estabelecimentos e instituições da sociedade civil, vinculando tal atendimento às diretrizes do Ministério da Saúde, à existência de projeto terapêutico individualizado e orientado à inclusão social. A recente alteração, por meio da Lei nº 13.840/2019, veio especificar que o projeto terapêutico individualizado deve ser consubstanciado em um plano individual de atendimento, detalhado no artigo 23-B.

Além disso, a Lei de Drogas estabelece, atualmente, no seu artigo 23-A, que o “tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde”. Ainda, prioriza o tratamento ambulatorial e especifica que a internação deve ser realizada somente de maneira excepcional, assim como somente permite internações em “unidades de saúde e hospitais gerais”. A lei reafirma, em seu parágrafo, essa previsão, estabelecendo que:

Art. 23-A, § 2º A internação de dependentes de drogas somente será realizada em unidades de saúde ou hospitais gerais, dotados de equipes multidisciplinares e deverá ser obrigatoriamente autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento no qual se dará a internação.

Na sequência, a Lei de Drogas passou a prever apenas dois tipos de internação para casos de uso problemático de álcool e outras drogas: voluntária e involuntária. Quanto à internação voluntária, repete a previsão da Lei nº 10.216/2001. Porém, em relação à internação involuntária,



traz o detalhamento de que é aquela realizada sem o consentimento da pessoa a ser internada e a pedido de outrem.

A Lei nº 10.216/2001 trazia o termo “terceiro”, sem detalhar quem poderia solicitar a internação. Agora, a Lei de Drogas especifica, no seu âmbito, quem pode realizar tal pedido: familiar ou responsável legal. Esclarece, ainda, que, na absoluta falta desses, pode ser solicitada por “servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad [Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, instituído pela Lei nº 11.343/2006], com exceção de servidores da área de segurança pública”.

Na sequência, define-se ainda que, no caso da internação involuntária, a decisão é tomada pelo médico responsável, devendo-se avaliar “o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e [n]a hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde”. Finalmente, resta previsto que pode perdurar apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, mas não mais que por 90 dias, e que pode ter seu encerramento solicitado pela família ou representante legal.

Cumprido destacar, ainda, que a Lei de Drogas amplia a necessidade de comunicação: todos os tipos de internação (voluntária e involuntária) devem ser comunicados para o Ministério Público e para a Defensoria Pública, por meio de sistema informatizado.

Já tratando especificamente do objeto do presente estudo, a Lei de Drogas proíbe expressamente a internação, em qualquer modalidade, em comunidades terapêuticas: “§ 9º É vedada a realização de qualquer modalidade de internação nas comunidades terapêuticas acolhedoras”.

A seção seguinte da lei fala em acolhimento das pessoas usuárias de drogas em comunidades terapêuticas, fixando suas características a partir do artigo 26-A da Lei de Drogas¹⁵. Nesse diapasão, verifica-se que as comunidades terapêuticas não são locais para realização de internação, em nenhuma modalidade, por expressa vedação legal. A legislação estabelece, inicialmente, que as internações são excepcionais e só podem ser realizadas em unidades de saúde ou estabelecimentos hospitalares; na sequência, veda expressamente qualquer internação em comunidade terapêutica, mesmo voluntariamente.

Normativas aplicáveis à Comunidades Terapêuticas

Para além das tradicionais normas legais, no âmbito do direito sanitário outros instrumentos normativos infralegais são comumente utilizados para a regulação dos serviços e ações em saúde – como portarias e resoluções¹⁶. É importante apontar que já havia uma ampla regulação em saúde mental dispersa em portarias do Ministério da Saúde (inclusive, algumas são anteriores à Lei nº 10.216/2001), traçando um importante panorama de regulação do sistema de saúde, inclusive na área de álcool e outras drogas. Visando compilar as diversas normativas, em outubro de 2017, por meio do projeto “Saúde Legis”, foi publicada uma consolidação de normas do SUS em seis portarias, publicadas no *Diário Oficial* de 03 de outubro de 2017.

A consolidação realizada aponta a política de saúde mental como uma política geral de promoção, proteção e recuperação da saúde, instituída pela Lei nº 10.216/2001¹⁷ – o conteúdo da



Política Nacional de Saúde Mental está apresentada no Anexo V da Portaria de Consolidação nº 3, a qual reuniu diversas portarias editadas sobre atenção à saúde mental. Esse anexo V é oriundo da revogada Portaria MS/GM nº 3.088/2011 e estabelece quais são os pontos de atenção da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), dividindo-a nos seguintes componentes: Atenção Básica; Atenção Psicossocial (ou especializada); Atenção de Urgência e Emergência; Atenção Residencial de Caráter Transitório; Atenção Hospitalar; Estratégias de Desinstitucionalização; e Estratégia de Reabilitação Social.

Dentro desse cenário, as comunidades terapêuticas já ocupavam, ao lado das unidades de acolhimento¹⁸, diferentes pontos de atenção do componente “atenção residencial de caráter transitório”. Referidos serviços de atenção em regime residencial, que são o gênero no qual se incluem as comunidades terapêuticas, visam oferecer cuidados contínuos de saúde, de caráter residencial transitório, para as pessoas com necessidades clínicas estáveis decorrentes do uso de *crack*, álcool e outras drogas¹⁹.

A política nacional de atenção básica e a RAPS preveem a existência de equipe de apoio aos serviços do componente “Atenção Residencial de Caráter Transitório”, a qual deve coordenar o cuidado e prestar serviços de atenção à saúde de forma longitudinal e articulada com os outros pontos de atenção da rede. Considerando a normativa do Ministério da Saúde, esses serviços de atenção residencial devem se articular aos CAPS, que são responsáveis pela indicação do acolhimento, pelo acompanhamento especializado durante esse período, pelo planejamento da saída e pelo seguimento do cuidado após a saída, devendo promover a reinserção do usuário na comunidade.

Ou seja, não se trata aqui de um serviço alternativo ao CAPS ou à política de saúde mental, mas de um dispositivo que o CAPS pode utilizar na construção daquele projeto terapêutico singular (hoje definido como plano individual de atendimento pela Lei de Drogas) e que deve ser construído em conjunto com a equipe da atenção básica e com a equipe da comunidade terapêutica, naqueles casos em que há necessidade de um apoio residencial²⁰. Não se trata, portanto, de uma forma diversa ou alternativa de tratamento – aliás, comunidade terapêutica não é um equipamento de saúde –, mas de um dispositivo residencial que complementa o atendimento psicossocial disponibilizado pela equipe de saúde, sob sua supervisão. Nessa normativa do Ministério da Saúde, é estabelecido um prazo máximo de nove meses de acolhimento, restringindo-o expressamente a adultos^{21, 22}.

Diante dessa restrição dos objetivos definidos nas normativas sanitárias, as comunidades terapêuticas voltam a ganhar atenção com as alterações realizadas na política pública de saúde mental no último trimestre de 2017. Em dezembro de 2017, a Portaria MS/GM nº 3.588/2017 alterou a política nacional de saúde mental, inserindo mudanças nos componentes atenção psicossocial e atenção hospitalar. Essas alterações foram pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite (espaço de pactuação entre União, Estados e Municípios), que reafirmou os componentes da RAPS (com alguns equívocos ou omissões) e previu o fortalecimento da parceria e do apoio intersetorial entre diversos Ministérios em relação às comunidades terapêuticas (Resolução nº 32, de 14 de dezembro de 2017)²³.

Em seguida, em março de 2018, o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas aprovou



diretrizes para o realinhamento e fortalecimento da Política Nacional sobre Drogas, com atualização da posição do governo brasileiro junto aos fóruns e organismos internacionais, alteração dos documentos legais de orientação da política nacional e revisão da própria política nacional instituída pelo Decreto nº 4.345/2002. No âmbito das ações, programas e projetos, foi definido que deveriam ser promovidas a ampliação e a reorganização da rede de cuidados, acolhimento e suporte sociais, voltadas para a prevenção e mobilização social, promoção da saúde, promoção da abstinência, suporte social e redução dos riscos sociais e à saúde e danos decorrentes. Tais alterações foram ratificadas por meio do Decreto nº 9.761/2019, que aprovou a nova política nacional sobre drogas e que atende a tais determinações. Alguns dos pressupostos adotados foram:

- 2.1. Buscar incessantemente atingir o ideal de construção de uma sociedade protegida do uso de drogas lícitas e ilícitas e da dependência de tais drogas.
- 2.2. A orientação central da Política Nacional sobre Drogas considera aspectos legais, culturais e científicos, especialmente, a posição majoritariamente contrária da população brasileira quanto às iniciativas de legalização de drogas.
- 2.3. Reconhecer as diferenças entre o usuário, o dependente e o traficante de drogas e tratá-los de forma diferenciada, considerada a natureza, a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação de apreensão, as circunstâncias sociais e pessoais e a conduta e os antecedentes do agente, considerados obrigatoriamente em conjunto pelos agentes públicos incumbidos dessa tarefa, de acordo com a legislação.
- 2.4. O plantio, o cultivo, a importação e a exportação, não autorizados pela União, de plantas de drogas ilícitas, tais como a cannabis, não serão admitidos no território nacional.

Ainda dentro do cenário normativa sobre as comunidades terapêuticas, o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas estabeleceu, em 19 de agosto de 2015, uma resolução a fim de regulamentar o atendimento prestado por comunidades terapêuticas, já o definindo como acolhimento e que deve ser realizado voluntariamente (Resolução CONAD nº 01/2015). A despeito da grande polêmica gerada por essa normativa, com diversas manifestações e posicionamentos, fato é que a existência de uma normativa regulamentadora pode ser mais protetiva aos direitos dos usuários do que nenhuma normativa. A Resolução foi judicializada e teve sua vigência suspensa até 2020 (ação civil pública nº 0014992-18.2016.4.03.6100, na Justiça Federal de São Paulo e no Tribunal Regional Federal da 3ª Região), mas diversos dispositivos ali contidos foram abarcados pela Lei de Drogas em sua recente alteração.²⁴

A resolução CONAD nº 01/2015 já previa que as entidades não são consideradas estabelecimentos de saúde e integram o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD), devendo respeitar o disposto na Resolução RDC ANVISA nº 29/2011, a Lei nº 10.216/2001, o Decreto Federal nº 7.179/2010 e a Portaria MS/GM 3.088/2011. Previu, ainda, que o acolhimento não se confunde com os serviços e programas integrantes do Sistema Único de Assistência Social (SUAS)²⁵.

Outra normativa a orientar as atividades é exatamente a regulamentação existente no âmbito da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio da Resolução de Diretoria Colegiada nº 29, de 30 de junho de 2011, ou somente RDC 29/2011, que trata especificamente dos “requisitos de segurança sanitária para o funcionamento de instituições que prestem serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência



de substâncias psicoativas”. Em que pese essa norma não mencionar diretamente o nome “comunidade terapêutica”, uma Nota Técnica publicada pela Anvisa em 2013 foi categórica em usar a expressão comunidades terapêuticas para se referir a essas instituições, além de dirimir dúvidas sobre responsável técnico (nível superior legalmente habilitado e com formação em qualquer área), gestão de pessoal (recursos humanos em período integral) e processo de admissão (requerendo avaliação por instituições da rede de saúde).

Conforme prevê a própria resolução, o descumprimento das suas disposições constitui infração sanitária, nos termos da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977²⁶. Tais casos vêm sendo corroborados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em ações que tratam de interdições de comunidades terapêuticas pela Vigilância Sanitária e pela obrigação do Município no atendimento às pessoas que estiverem ali “acolhidas”²⁷.

Comunidades terapêuticas para Crianças e Adolescentes?

A despeito do disposto na seção anterior, as comunidades terapêuticas têm crescido em quantidade e se apresentam como opção de tratamento imediatamente disponível nos mais diversos Municípios, inclusive mediante incentivo financeiro do governo federal. Contudo, em se tratando de crianças e adolescentes, seus direitos, conforme salientado pelo Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA)²⁸, devem ser respeitados em todos os locais, de modo que o seu cuidado em saúde seja oferecido em bases territoriais com a garantia do direito à convivência familiar e comunitária e do direito à educação.

Ocorre que, em visitas e inspeções a comunidades terapêuticas, verificam-se diversas violações de direitos às pessoas acolhidas, violações essas que atingem, com mais gravidade, o público infante-juvenil, por sua condição peculiar de desenvolvimento. As violações envolvem tratamento degradante, trabalho forçado (laborterapia), tortura, humilhação, coação à liberdade de consciência e de crença, discriminação ou preconceito. Relatos dessas violações são apresentados no relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas de 2017, realizada pelo Conselho Federal de Psicologia, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão²⁹.

Antes mesmo da recente alteração da Lei de Drogas, a realização de inspeções rotineiras já identificava a incompatibilidade entre comunidades terapêuticas e acolhimento a crianças e adolescentes. A análise a seguir, apresentada no relatório da Inspeção Nacional, vai nessa direção:

A internação desse grupo populacional nesse tipo de estabelecimento – que vem acontecendo sob auspícios do Poder Judiciário – só ocorre sob a alegação de falta de opções de cuidado, porém, engendra uma série de outras violações de direitos, em especial do acesso à educação, conforme veremos abaixo. [...]

Além disso, as instituições visitadas não atendem às mínimas obrigações estabelecidas no art. 94 do ECA: não observam garantias e direitos de adolescentes; não oferecem atendimento personalizado; não diligenciam pelo reestabelecimento e preservação de vínculos familiares; nem sempre oferecem instalações físicas adequadas; não proporcionam escolarização e profissionalização, tampouco atividades culturais, esportivas e de lazer, entre outros. [...]

Essas situações colocam, irregularmente, as comunidades terapêuticas como prestadoras de serviços ao sistema de proteção à criança e ao adolescente, sob



a justificativa da falta de outros espaços de tratamento. Isso ocorre, porém, sem que esses locais atendam a critérios mínimos já estabelecidos pelo ECA ou que sejam instituições de cuidado em saúde, e sem que a sociedade esteja informada sobre as práticas que estão sendo referendadas pela justiça e custeadas com recursos públicos.

A prática aponta, por fim, também para a fragilidade dos mecanismos de fiscalização das comunidades terapêuticas e dos direitos das crianças e dos adolescentes, posto que algumas das CTs inspecionadas já haviam sido objeto de vistoria pelo poder público sem que fossem identificadas violações ou tomadas providências cabíveis. [...]

O ECA define, em seu art. 60, ser proibido qualquer trabalho a menores de 14 anos de idade, salvo na condição de aprendiz que, por sua vez, se caracteriza como atividade de formação técnico-profissional.³⁰

Assim, considerando que comunidades terapêuticas passam a ter seu papel estabelecido pela legislação unicamente para o acolhimento e não para a internação, o acolhimento a crianças e adolescentes necessariamente precisa ser interpretado em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O ECA estabelece a aplicação de medidas de proteção sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados (art. 98) e, em seu artigo 101, lista, em rol não exaustivo, as medidas de proteção que podem ser aplicadas pela “autoridade competente”, destacando-se:

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

Desse modo, enquanto o tratamento em saúde mental (previsto no inciso V) e o tratamento para drogadição (previsto no inciso VI) podem, em geral, ser considerados medidas de proteção aplicáveis pelo Conselho Tutelar, as modalidades de acolhimento – como se enquadram as comunidades terapêuticas – têm sua aplicação restrita à autoridade judiciária. O próprio Estatuto prevê que acolhimento consiste em “medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade” (§ 1º).

Na sequência, a legislação estabelece que, para o acolhimento a crianças e adolescentes, há a necessidade de deflagração de procedimento judicial contencioso (§ 2º), com o encaminhamento somente podendo ocorrer mediante expedição, pela autoridade judiciária, de Guia de Acolhimento (§ 3º). Assim, também por expressa previsão legal, inexistente qualquer previsão de acolhimento voluntário de crianças e adolescentes.

O acolhimento a crianças e adolescentes somente pode ocorrer em casos em que houver ocorrido violações aos seus direitos, devendo ser executado por entidade devidamente cadastrada para esse fim e que realize ações visando à reintegração familiar (§ 4º). A competência exclusiva da autoridade judiciária é reforçada inclusive nos casos de acolhimento emergencial, como previsto no artigo 93 e seu parágrafo único – caso em que o Juiz da Infância e da Juventude deve ser comunicado do fato em até 24 horas, ouvindo, na sequência, o Ministério Público e, se necessário, contando com o apoio do Conselho Tutelar local.



Por essa razão, comparando a atual redação da Lei de Drogas com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se que o sistema especializado de garantia de direitos já prevê entidades especializadas em acolhimento a crianças e adolescentes, não sendo possível recorrer às comunidades terapêuticas, por expressa vedação da legislação estatutária – já que não atendem aos requisitos das entidades e programas de atendimento.

O ECA estabelece que as entidades de atendimento são responsáveis pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de acolhimento institucional (artigo 90, inciso IV), devendo as entidades não governamentais ser registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Tal registro tem validade máxima de quatro anos, cabendo ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, periodicamente, reavaliar o cabimento de sua renovação à luz das seguintes proibições (Art. 91, §§ 1º e 2º):

- a) não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança;
- b) não apresente plano de trabalho compatível com os princípios desta Lei;
- c) esteja irregularmente constituída;
- d) tenha em seus quadros pessoas inidôneas; e
- e) não se adequar ou deixar de cumprir as resoluções e deliberações relativas à modalidade de atendimento prestado expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis.

Além da inscrição da entidade, deve haver a inscrição dos programas de atendimento no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com especificação dos regimes de atendimento (§ 1º). Tais programas são reavaliados, nesse caso, no máximo a cada dois anos, com base nos seguintes critérios:

Artigo 90, § 3º:

- I - o efetivo respeito às regras e princípios desta Lei, bem como às resoluções relativas à modalidade de atendimento prestado expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis;
- II - a qualidade e eficiência do trabalho desenvolvido, atestadas pelo Conselho Tutelar, pelo Ministério Público e pela Justiça da Infância e da Juventude;
- III - em se tratando de programas de acolhimento institucional ou familiar, serão considerados os índices de sucesso na reintegração familiar ou de adaptação à família substituta, conforme o caso.

Outrossim, as entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional devem adotar os seguintes princípios (artigo 92):

- I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;
- III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
- V - não desmembramento de grupos de irmãos;
- VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;



- VII - participação na vida da comunidade local;
- VIII - preparação gradativa para o desligamento;
- IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

Aqui há uma incompatibilidade fática entre o trabalho desenvolvido pelas comunidades terapêuticas e o objetivo de uma entidade de acolhimento prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. As pessoas acolhidas na comunidade terapêutica são afastadas de suas famílias e têm os contatos familiares restritos e supervisionados; o atendimento ocorre, em geral, em grandes grupos; e não há participação na vida da comunidade local. Aliás, em regra, as comunidades terapêuticas são localizadas em locais afastadas e distantes da comunidade e dos demais serviços públicos³¹.

Em seguida, as seguintes obrigações também são previstas para tais entidades, conforme o artigo 94:

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

Mais uma vez, tais direitos não são rotineiramente respeitados para as pessoas acolhidas em comunidades terapêuticas, o que, também, vedaria a sua inscrição e manutenção do programa



nos cadastros de entidades do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), conforme a própria redação do ECA

Por fim, a legislação estatutária também prevê que o dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito, podendo ser destituído e ter apurada sua responsabilidade administrativa, civil e criminal caso descumpra as disposições do ECA. Essa é mais uma razão para a necessidade de intervenção judiciária no acolhimento a crianças e adolescentes, pois não pode o familiar, responsável legal ou terceiro ceder sua responsabilidade e papel de guarda para o dirigente da entidade. Essa impossibilidade não é somente legal, por ausência de previsão, mas porque as únicas hipóteses de exercício do papel equiparado ao guardião é no acolhimento (institucional ou familiar) ou no cumprimento de medidas socioeducativas de privação de liberdade (internação ou semiliberdade), sendo todas elas decorrentes de decisão judicial de aplicação de medida protetiva ou socioeducativa.

E o que fazer?

Confrontando os diversos diplomas normativos, legais e infralegais, assim como as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se que a Lei de Drogas definiu o panorama normativo no que se refere ao papel das comunidades terapêuticas e à (im)possibilidade de internação ou acolhimento a crianças e adolescentes.

Primeiramente, estabeleceu que comunidades terapêuticas não realizam tipo algum de internação, nem mesmo voluntariamente, tendo finalidade exclusiva de acolhimento. Em seguida, previu que internações somente são realizadas em unidades de saúde, especialmente hospitais.

Conjugando com a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, temos que o acolhimento a crianças e adolescentes depende de ordem judicial e da inscrição prévia das entidades e dos seus programas de atendimento nos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, existindo, ainda, previsão específica quanto à estrutura física e equipe técnica^{32,33}.

No mesmo sentido, é importante ressaltar que comunidades terapêuticas somente podem receber acolhimentos, nunca internação. No caso de crianças e adolescentes, a restrição da convivência familiar depende, sempre, de ordem judicial e encaminhamento a entidade devidamente credenciada, nos termos do ECA.

Porém, não se ignora que há situações em que familiares de crianças e adolescentes que façam uso abusivo de álcool e outras drogas apresentem pedido de internação ou acolhimento, como rotineiramente acontece nos atendimentos da Defensoria Pública. Não raras vezes, tais pedidos advêm do Ministério Público e são tidos como soluções possíveis em processos infracionais, até mesmo mediante sugestão de equipes técnicas do juízo ou dos serviços socioeducativos.

Vale lembrar que a Lei nº 10.216/01, em seu art. 4º, estabelece que a internação, em qualquer de suas modalidades, só pode ser utilizada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, o que também foi repetido na atual redação da Lei nº 11.343/06 (alterada



pela Lei nº 13.840/2019). Isso significa que a internação só pode ser aventada como possibilidade de encaminhamento se já tiverem sido esgotadas todas as outras formas de tratamento e nenhuma delas ter tido eficácia.³⁴

Isso significa também que a internação deve fazer parte de um projeto terapêutico mais amplo que preveja a continuidade dos cuidados pós-internação, podendo se valer, inclusive, das unidades de acolhimento infanto-juvenil, previstas como ponto de atenção da RAPS. Isso porque é inviável a criação de entidade de acolhimento especializada a crianças e adolescentes usuárias de drogas, a título de comunidade terapêutica especializada, pois representa, sem dúvida, discriminação. Somente para ilustrar a impossibilidade – que decorre da própria proteção integral da criança e do adolescente –, o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente e o Conselho Nacional de Assistência Social, ao editarem as orientações técnicas aos serviços de acolhimento, estabeleceram como princípio a “Garantia de Acesso e Respeito à Diversidade e Não discriminação”, explicitando:

A organização dos serviços deverá garantir proteção e defesa a toda a criança e adolescente que precise de acolhimento. Devem ser combatidas quaisquer formas de discriminação às crianças e aos adolescentes atendidos em serviços de acolhimento e às famílias de origem, baseadas em condição socioeconômica, arranjo familiar, etnia, religião, gênero, orientação sexual, ou, ainda, por serem pessoas com necessidades especiais em decorrência de deficiência física ou mental, que vivem com HIV/AIDS ou outras necessidades específicas de saúde.

De modo a possibilitar a oferta de um atendimento inclusivo e de qualidade nos serviços de acolhimento a crianças e adolescentes, o Projeto Político Pedagógico do serviço deve prever estratégias diferenciadas para o atendimento a demandas específicas, mediante acompanhamento de profissional especializado. Além disso, **a articulação com a política de saúde, de educação, esporte e cultura deve garantir o atendimento na rede local a estas crianças e adolescentes (serviços especializados, tratamento e medicamentos, dentre outros) e a capacitação e apoio necessário aos educadores/cuidadores e demais profissionais do serviço de acolhimento.** Tal aspecto é importante para garantir, de fato, um atendimento individualizado e personalizado, com estratégias metodológicas condizentes com as necessidades da criança e do adolescente. Todos os equipamentos da rede socioassistencial devem, ainda, respeitar as normas de acessibilidade, de maneira a possibilitar o atendimento integrado a usuários com deficiência.

Em atenção ao princípio da não-discriminação, os serviços de acolhimento devem buscar o crescente aprimoramento de estratégias voltadas à preservação da diversidade cultural, oportunizando acesso e valorização das raízes e cultura de origem das crianças e dos adolescentes atendidos, bem como de suas famílias e comunidades de origem.

Em atenção, ainda, ao princípio da não discriminação, destaca-se que a presença de deficiência ou de necessidades específicas de saúde não deve motivar o encaminhamento para serviço de acolhimento ou, ainda, o prolongamento da permanência da criança ou adolescente nestes serviços.

Esse atendimento articulado deve garantir que as crianças e os adolescentes, em acolhimento institucional ou não, sejam atendidos na rede de saúde mental, podendo, caso necessário, ser encaminhadas para unidade de acolhimento infanto-juvenil (UAI) como parte de seu projeto terapêutico singular. A unidade de acolhimento foi prevista na Portaria MS/GM nº 3.088/2011 e, posteriormente, regulamentada pela Portaria MS/GM nº 121/2012, ambas consolidadas na terceira Portaria. Foram previstas duas modalidades de unidade de acolhimento:



adulto, de 10 a 15 vagas para pessoas maiores de 18 anos; e infanto-juvenil. Nesse caso, a Portaria MS/GM nº 3.088/2011 definiu que o público era de 10 vagas para adolescentes (12 até 18 anos incompletos); e a Portaria MS/GM nº 121/2012 ampliou para crianças a partir de 10 anos. Essa alteração não foi revista pela referida Portaria de Consolidação, permanecendo ambos os dispositivos vigentes.

A unidade de acolhimento deve se articular para a garantia dos direitos à moradia, educação, convivência familiar e social, mantendo como referência alguma linha de cuidado para o apoio qualificado aos usuários, dentre hospital geral, unidade de pronto-atendimento (UPA) ou outras portas hospitalares de atenção à urgência, sem prejuízo da obrigatória referência a um CAPS. A normativa descreve, em seguida, a estrutura física mínima, de modo a garantir o ambiente residencial e a necessidade de equipe técnica mínima, esclarecendo sua composição e carga horária.

Considerando que todas as ações e o tempo de permanência devem ser previstos no Projeto Terapêutico Singular, a ser elaborado no âmbito do CAPS, a normativa estabelece algumas orientações³⁵. Por fim, a portaria estabelece que a unidade de acolhimento adulto deve ser criada em Municípios ou regiões com população igual ou superior a 200 mil habitantes, enquanto a unidade de acolhimento infanto-juvenil deve ser referência para Municípios ou região com população igual ou superior a 100 mil habitantes. É disponibilizada, inclusive, uma fórmula para o cálculo do número de crianças e adolescentes em risco para uso de drogas.

Assim, há uma alternativa construída na saúde, dentro do serviço público, para o atendimento aos casos de crianças e adolescentes em situação de abuso de álcool e outras drogas. Essa alternativa não desconsidera as outras políticas, mas, pelo contrário, as envolve³⁶. A ideia é que o adolescente (ou a criança) continue inserido na escola; referenciado e acompanhado pela rede socioassistencial; e com seu cuidado em saúde coordenado pelo CAPS.

A unidade de acolhimento é aquele apoio residencial para o cuidado em saúde, nos momentos em que os laços familiares estão fragilizados e não se configura como uma situação de violação a direitos que fundamente um acolhimento institucional. Também pode ser utilizada naqueles casos em que a criança ou adolescente esteja em acolhimento institucional e em acompanhamento no CAPS, mas que a situação de uso gere um conflito que não seja, naquele momento, gerenciável no âmbito do serviço de acolhimento. O trabalho em rede, no Sistema de Garantia de Direitos, deve prever e criar alternativas e instrumentos em que o cuidado e a proteção sejam possíveis, sem a necessidade de afastamento do jovem da sua cidade³⁷ e da sua família, bem como sem a aceitação da violação aos seus direitos.

Considerações Finais

Diante de todo o exposto neste estudo, é clara a impossibilidade de acolhimento a crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas. Aliás, atualmente, trata-se de um ato flagrantemente ilegal.

Não se ignora, como não se ignorou na discussão da tese, a dificuldade do tema. Muitos Defensores mostraram resistência à sua aprovação, não por discordarem dos fundamentos.



Situações críticas e dramáticas são colocadas para os Defensores e as Defensoras, em seu dia a dia, e a comunidade terapêutica pode representar a “saída” fácil ou a única opção vislumbrada.

No entanto, em julho de 2020, em meio à maior crise sanitária dos últimos 90 anos, o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas aprovou a Resolução CONAD nº 03/2020, autorizando o acolhimento a adolescentes em comunidades terapêuticas, com vigência a partir de julho de 2021. Uma grande movimentação dos conselhos nacionais de direitos e gestores de políticas públicas, acompanhada pelas Defensorias Públicas e pelos movimentos sociais, passou a “discutir a falta de discussão”.

Previo-se, em 2015, na Resolução CONAD nº 01/2015, a regulamentação de acolhimentos de adolescentes em comunidades terapêuticas. Já naquela oportunidade, o Conselho Nacional de Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA) posicionou-se contrariamente. Talvez se tenha dado pouca importância ao tema, diante da suspensão da vigência da Resolução CONAD nº 01/2015 por quase cinco anos. Ou, talvez não se tenha feito a discussão, após as alterações na Lei de Drogas, inclusive considerando que o marco legal trazido em 2019 torna o acolhimento a crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas incompatível com o que se previu no ECA em 2009 e nas normativas do CONANDA e do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). Não obstante, mesmo dentro das Defensorias Públicas, não se entendeu que incluir crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas, o que já acontece cotidianamente, deva ser avaliado, fomentado e permitido, o que motivou a nota pública contrária à Resolução CONAD nº 03/2020. Afinal, não basta uma resolução do conselho gestor da política de drogas para contrariar o marco da doutrina da proteção integral e as demais normativas sanitárias brasileiras.

Nessa toada, o presente artigo buscou publicizar a discussão até aqui acumulada e um consenso inicial estabelecido entre as Defensorias Públicas de Infância e Juventude, em 2019 e referendado em 2020, de modo que seja possível compreender quais são as possibilidades de pedidos condizentes com a legislação e com o papel constitucional da Defensoria Pública de guardião dos direitos humanos, fundamental para que a atuação, ao final, alcance um resultado positivo³⁸.

Referências bibliográficas

AITH, F. *Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALVES, V. S.; LIMA, I. M. S. O. Atenção à Saúde de Usuários de Álcool e Outras Drogas no Brasil: convergência entre a saúde pública e os direitos humanos. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 9-32, nov. 2012/fev.2013.

AMARANTE, P.; NUNES, M. O. A reforma psiquiátrica no SUS e a luta por uma sociedade sem manicômios. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 23, n. 6, p. 2067-2074, 2018.

BIRMAN, J. A cidadania tresloucada – notas introdutórias sobre a cidadania dos doentes mentais. In: BEZERRA JR., B.; AMARANTE, P. *Psiquiatria sem Hospício – contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 71-90.



BRITO, E. S.; VENTURA, C. A. A. Evolução dos Direitos das Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais: uma análise da legislação brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, v. 13, n. 2, p. 41-63, jul./out. 2012.

CAPONI, S. O DSM-V como dispositivo de segurança. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 741-763, set. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312014000300741&lng=en&nrm=iso. Acesso em 07 set. 2019.

COHN, A. Caminhos da Reforma Sanitária. *Lua Nova*, n. 19, nov. 1989, p. 123-140.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA; MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA; PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO / MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas – 2017*. Brasília DF: CFP, 2018.

CORREIA JUNIOR, R.; VENTURA, C. A. O tratamento dos portadores de transtorno mental no Brasil – da legalização da exclusão à dignidade humana. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 40-60, mar./jun. 2014.

COUTO, M. C. V.; DELGADO, P. G. G. Crianças e adolescentes na agenda política da saúde mental brasileira: inclusão tardia, desafios atuais. *Psic. Clín.*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 17-40, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos. Núcleo Especializado dos Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência. *Manual de Atuação Estratégica para Implementação da Rede de Atenção Psicossocial (RAPPS)*. São Paulo: EDEPE, 2019.

DELGADO, P. G. G. Drogas: o desafio da saúde pública. In: ACSELRAD, G. (org.). *Avessos do prazer: drogas, AIDS e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005. p. 165-181.

DELGADO, P. G. G. Saúde Mental e Direitos Humanos: 10 Anos da Lei 10.216/2001. *Arquivos Brasileiros de Psicologia (Online)*, v. 63, p. 114-121, 2011.

EMERICH, B. F.; YASUI, S. O hospital psiquiátrico em diálogos atemporais. *Interface*, Botucatu, v. 20, n. 56, p. 207-216, mar. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832016000100207&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 nov. 2019.

FRASSETO, F. A.; JIMENEZ, L. Interface entre drogas, criminalidade e adolescência: notas para a compreensão do modelo legal vigente. In: ANDRADE, A. G.; SILVEIRA, C. M.; TAFARELLO, R. F., SIU, E. R. (Coord.). *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. p. 409-442.

FRASSETO, F. A.; JOIA, J. H. Internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias apontamentos sobre as responsabilidades do sistema de justiça e do sistema de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 227-257, jul./ago., 2014.



GUERRA, A. M. C. Reabilitação psicossocial no campo da reforma psiquiátrica: uma reflexão sobre o controverso conceito e seus possíveis paradigmas. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, v. 7, n. 2, p. 83-96, jun. 2004.

GUERRA, A. M. C. A psicanálise no campo da saúde mental infanto-juvenil. *Psychê*, São Paulo, ano 9, n. 15, jan.-jun./2005, p. 139-154.

JACINTO, A. B. M.; ASSIS, D. A. D.; MACDOWELL, P. L.; MOTA, T. D. Índios e loucos: sobre tutela, reconhecimento de direitos e desafios para a efetivação da cidadania no campo da saúde mental. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 14-35, jul./out. 2018.

LIMA, I. M. S. O.; CORREIA, L. C. Sofrimento Mental e os desafios do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 139-160, nov.2011/fev.2012.

MEKANNA, P. A.; BARDARO, R. A internação compulsória na contramão da Lei n. 10.216/01. In: SANTOS, A. O.; LOPES, L. T. *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. 2. Brasília: CONASS, 2018. p. 242-253.

MELO, D.; TSCHIEDEL, R. G. A promoção da saúde mental infantil: das potencialidades da atenção básica. In: PAULON, S. M.; LONDERO, M. F. P. *Saúde mental na Atenção Básica: o pesquisar como cuidado*. Porto Alegre: Rede Unida, 2019. p. 143-163.

OLIVEIRA, L. A.; JACÓ-VILELA, A. M. Saúde mental de crianças e adolescentes: caminhos da construção do cuidado no Brasil. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, v. 11, n. 30, p. 125-144, 2019.

PITTA, A. M. F. Um balanço da Reforma Psiquiátrica Brasileira: Instituições, Atores e Políticas. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 16, n. 12, p. 4579-4589, 2011.

RIZZINI, I. Crianças e adolescentes com deficiência mental e/ou transtorno mental: entre as dimensões do confinamento e as lacunas dos dispositivos de cuidado. IV *Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersetorial*, Brasília, 27 jun. 2010 – 01º jul. 2010.

RIZZINI, I.; ALMEIDA, N. A institucionalização de crianças e adolescentes com deficiência: anotações para uma agenda de política pública. *Revista Saúde & DH*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 7, p. 1808-1592, 2011.

SCARCELLI, I. R. A contrarreforma na política de saúde mental: o que temos a ver com isso? *Jornal USP*, 06 maio 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/a-contrarreforma-na-politica-de-saude-mental-o-que-temos-a-ver-com-isso/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SCHULMAN, G. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018a. 353f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Direito Civil, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018a.

SCHULMAN, G. Internações forçadas e saúde mental: entre tratamento e punição. In: SANTOS, A. O.; LOPES, L. T. *Coletânea direito à saúde: institucionalização*. Brasília: CONASS, 2018b.



VENTURA, C. A. A.; RODRÍGUEZ, A. M. M. M.; BITTENCOURT, E. A. C.; BRITO, E. S. Direito das pessoas com transtorno mental: a perspectiva de quem cuida. *Revista de Direito Sanitário*, v. 20, n. 1, p. 107-126, mar./jun. 2019.

VIVAS, M. D. Infância e juventude: protegendo direitos humanos em um contexto de violência e ameaças. *Revista PPCAAM Minas*, ano 1, n. 1, p. 19-30, dez. 2008.

VIVAS, M. D. *Direito à saúde mental no Brasil: ficção ou realidade?* 2020. 406f. Dissertação (Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

¹ Registro aqui meus agradecimentos à Defensora Pública Daniela Batalha Trettel, mestre e doutora em Direitos Humanos pela USP e ex-coordenadora auxiliar do Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos, que contribuiu com a versão preliminar desse texto que foi apresentada no Congresso Nacional de Defensores Públicos de Infância e Juventude.

² DELGADO, 2011.

³ GUERRA, 2004, 2005.

⁴ COUTO, DELGADO, 2015; MELO, TSCHIEDEL, 2019.

⁵ RIZZINI, 2010; RIZZINI, ALMEIDA, 2011.

⁶ DELGADO, 2005; ALVES, LIMA, 2012/2013.

⁷ CAPONI, 2014.

⁸ FRASSETO, JIMENEZ, 2015; OLIVEIRA, JACÓ-VILELA, 2019.

⁹ SCHULMAN, 2018; MEKANNA, BARDARO, 2018.

¹⁰ COHN, 1989.

¹¹ BIRMAN, 1992.

¹² AMARANTE, NUNES, 2018.

¹³ LIMA, CORREIA, 2011/2012.

¹⁴ BRITO, VENTURA, 2012.

¹⁵ I - oferta de projetos terapêuticos ao usuário ou dependente de drogas que visam à abstinência;
II - adesão e permanência voluntária, formalizadas por escrito, entendida como uma etapa transitória para a reinserção social e econômica do usuário ou dependente de drogas;
III - ambiente residencial, propício à formação de vínculos, com a convivência entre os pares, atividades práticas de valor educativo e a promoção do desenvolvimento pessoal, vocacionada para acolhimento ao usuário ou dependente de drogas em vulnerabilidade social;
IV - avaliação médica prévia;
V - elaboração de plano individual de atendimento na forma do art. 23-B desta Lei; e
VI - vedação de isolamento físico do usuário ou dependente de drogas.

§ 1º Não são elegíveis para o acolhimento as pessoas com comprometimentos biológicos e psicológicos de natureza grave que mereçam atenção médico-hospitalar contínua ou de emergência, caso em que deverão ser encaminhadas à rede de saúde.

¹⁶ AITH, 2007.

¹⁷ Apesar da tentativa de consolidação, a Portaria de Consolidação nº 2, por exemplo, dispõe que a política de saúde mental está regulada em seu anexo II. Porém, tal anexo apresenta somente as portarias nº 1608/2004 e 3796/2010, que instituíram, respectivamente, o Fórum Nacional sobre Saúde Mental da Infância e da Juventude e o Colegiado Nacional de Coordenadores de Saúde Mental.

¹⁸ A unidade de acolhimento é um espaço residencial de cuidados contínuos de saúde com funcionamento ininterrupto, voltado para pessoas com necessidade decorrentes do uso de *crack*, álcool e outras. Seu objetivo é atender a pessoas com acentuada vulnerabilidade social e/ou familiar, que demandem acompanhamento terapêutico e protetivo de caráter transitório, por até seis meses, mediante definição da equipe do CAPS de referência.

¹⁹ EMERICH; YASUI, 2015

²⁰ VENTURA *et al.*, 2019; CORREIA, VENTURA, 2014.

²¹ Portaria de Consolidação nº 03, de 28 de setembro de 2017. Anexo V. Art. 9º, inciso II.

²² Cabe registrar que a última Portaria de Consolidação, que trata do financiamento, traz um anexo específico sobre o custeio de “Serviços de Atenção em Regime Residencial, Incluídas as Comunidades Terapêuticas, Voltados para Pessoas com Necessidades Decorrentes do Uso de Álcool, Crack e Outras Drogas”. Contudo, tal documento não trata somente de financiamento, mas esclarece o conceito de Serviços de Atenção em Regime Residencial, estabelecendo as comunidades terapêuticas como espécie



de tal gênero e submetida às disposições previstas na normativa infralegal. Desse modo, caso recebam recurso federal, as comunidades terapêuticas devem obedecer aos requisitos aqui estabelecidos.

Na sequência, o texto dessa portaria prevê o número máximo de residentes em entidades financiadas e um limite de entidades financiadas por entes federados (sendo obrigatório que a região de saúde possua, ao menos, um CAPS). Além disso, são estabelecidas diretrizes para os projetos técnicos e requisitos para o funcionamento.

A portaria condiciona o ingresso à avaliação prévia do CAPS de referência (ou avaliação conjunta da equipe da atenção básica com o CAPS) e ao consentimento expresso do usuário, após esclarecimento sobre o modo de funcionamento do serviço e seus objetivos, assim como avaliação do risco de complicações clínicas diretas e indiretas. O CAPS de referência permanece responsável pela gestão do cuidado e do Projeto Terapêutico Singular, o qual deve ser desenvolvido na entidade com o acompanhamento, pelo menos, do CAPS e da equipe da atenção básica. O contato pela equipe técnica do CAPS deve ser feito, no mínimo, quinzenalmente, seja por meio de atendimento no próprio CAPS ou visita à entidade. O primeiro contato deve ser feito em até dois dias, sendo também mantido o acompanhamento da família, no mínimo, mensalmente (seja domiciliar ou no próprio CAPS). O contato com a equipe também deve ser, pelo menos, quinzenal, por meio de reuniões conjuntas, e todos esses procedimentos devem estar registrados em prontuário. Finalmente, a saída também é programada conjuntamente, podendo o usuário interromper a qualquer momento a sua permanência no serviço de atenção em regime domiciliar, sendo informado das consequências clínicas da saída antecipada. Já a entidade também pode interromper a permanência do usuário a qualquer tempo, desde que fundada em critérios técnicos e com a concordância da equipe técnica do CAPS de referência.

²³ SCARCELLI, 2019.

²⁴ Considerando que a Lei de Drogas trouxe diversos dispositivos que estavam previstos na Resolução CONAD nº 01/2015, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu que, agora, a normativa exarada pelo CONAD estava em acordo com o quadro legal.

²⁵ Um importante avanço da normativa é a necessidade de comunicação do acolhimento ao estabelecimento de saúde e aos equipamentos de proteção social do território da entidade, no prazo de até cinco dias, assim como de seu encerramento. Além disso, as entidades devem permitir a visitação de familiares, bem como o acesso aos meios de comunicação que permitam contato com familiares. No âmbito dessa resolução, restou estabelecido que o acolhimento não pode exceder o limite de doze meses no período de 24 meses.

²⁶ Em paralelo, e que pode ser considerada aplicável em conjunto com a Resolução ANVISA e com as portarias do Ministério da Saúde ou a Resolução CONAD (de acordo com a caracterização da comunidade terapêutica), estão as normativas dos conselhos profissionais, como a Resolução nº 2.056/2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Essa normativa foi reiterada em parecer específico do órgão regulador: “Os médicos, notadamente os psiquiatras, devem obedecer às Leis nº 10.216/01, 12.842/13 e ao disposto nas Resoluções CFM nºs 2.056 e 2.057, de novembro de 2013, que estabelecem as regras para o atendimento em ambientes médicos seguros para a assistência aos doentes mentais, dentre eles os dependentes químicos. As Comunidades Terapêuticas, conforme definição da RDC Anvisa nº 29/11, não são consideradas ambiente médico, portanto não podem se inscrever nos Conselhos Regionais de Medicina, nem ser consideradas seguras para as internações involuntárias e compulsórias, vetando aos médicos a prescrição de sua indicação para o tratamento dos doentes mentais” (Parecer CFM nº 9/15).

²⁷ VIVAS, 2020.

²⁸ Ofício nº 46 – CONANDA/SNPDCA/SDH/PR, de 13 de abril de 2015, referente à Resolução que dispõe sobre a regulamentação das comunidades terapêuticas. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Oficio-comunidades-terapeuticas-CONANDA-1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

²⁹ Conselho Federal de Psicologia; Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão / Ministério Público Federal; 2018.

³⁰ Conselho Federal de Psicologia; Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão / Ministério Público Federal; 2018.

³¹ Conselho Federal de Psicologia; Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão / Ministério Público Federal; 2018.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente. Conselho Nacional de Assistência Social. Resolução Conjunta nº 1, de 18 de junho de 2009. Aprova o documento Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/noticias/cnas-e-conanda-orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento-para-criancas-e-adolescentes-1>. Acesso em: 30 jun. 2019.

³³ A internação em saúde mental, inclusive para álcool e outras drogas, de crianças somente pode acontecer de maneira involuntária. Já em relação à internação de adolescentes, embora não haja entendimento pacificado quanto à voluntariedade, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) já se manifestou contrariamente a tal possibilidade. CREMESP, Consulta nº 6.769/2010:



“A internação psiquiátrica de crianças e adolescentes é juridicamente possível, desde que algumas condições especiais sejam respeitadas. É vedada a permanência de crianças e adolescentes em leitos hospitalares psiquiátricos situados na mesma área de abrigamento (quarto, enfermaria ou ala) de adultos, e mesmo a convivência em atividades recreativas ou terapêuticas em ambientes comuns. Porém, quando forem indicadas pelo médico, e devidamente registradas em laudos, como providências úteis ao tratamento em si, sob o ponto de vista do estrito interesse da saúde do paciente (criança e do adolescente), e desde que haja a prévia autorização de quem de direito (do responsável, na internação voluntária ou involuntária, ou do Juiz de Direito, na internação compulsória), poderá haver exceções a essa regra.”

Disponível

em:

http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=10208&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Me#anc_integra. Acesso em: 30 jun. 2019.

³⁴ FRASSETO, JOIA, 2014; SCHULMAN, 2018b.

³⁵ I - acolhimento humanizado, com estímulo à grupalização e socialização, por meio de atividades terapêuticas e coletivas; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, I)

II - desenvolvimento de ações que garantam a integridade física e mental, considerando o contexto social e familiar; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, II)

III - desenvolvimento de intervenções que favoreçam a adesão ao tratamento, visando à interrupção ou redução do uso de crack, álcool e outras drogas; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, III)

IV - acompanhamento psicossocial ao usuário e à respectiva família; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, IV)

V - atendimento psicoterápico e de orientação, entre outros, de acordo com o Projeto Terapêutico Singular; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, V)

VI - atendimento em grupos, tais como psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, assembleias, grupos de redução de danos, entre outros; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, VI)

VII - oficinas terapêuticas; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, VII)

VIII - atendimento e atividades sociofamiliares e comunitárias; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, VIII)

IX - promoção de atividades de reinserção social; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, IX)

X - articulação com a Rede intersetorial, especialmente com a assistência social, educação, justiça e direitos humanos, com o objetivo de possibilitar ações que visem à reinserção social, familiar e laboral, como preparação para a saída; (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, X)

XI - articulação com programas culturais, educacionais e profissionalizantes, de moradia e de geração de trabalho e renda; e (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, XI)

XII - saída programada e voltada à completa reinserção do usuário, de acordo com suas necessidades, com ações articuladas e direcionadas à moradia, ao suporte familiar, à inclusão na escola e à geração de trabalho e renda. (Origem: PRT MS/GM 121/2012, Art. 12, Parágrafo Único, XII)

³⁶ JACINTO *et al.*, 2018.

³⁷ Não se ignora aqui que o adolescente pode estar ameaçado na região de sua moradia. Todavia, a comunidade terapêutica também não pode servir como um serviço de proteção a crianças e adolescentes ameaçados de morte, devendo os serviços atuarem articuladamente para a promoção e proteção de todos os direitos das crianças e adolescentes (VIVAS, 2008).

³⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2019. Nesta publicação, constam estratégias de atuação para articulação e implantação dos serviços de saúde mental.



Para uma atuação interdisciplinar crítica da Defensoria Pública nas medidas socioeducativas: Direito e Serviço Social

Towards an interdisciplinary critical approach of measures applied to children in conflict with the law by Public Defense in Brazil: Law and Social Work

Rodrigo Augusto T. M. Leal da Silva

Defensor Público – Defensoria Pública do Estado de São Paulo

ratsilva@defensoria.sp.def.br

RESUMO

O presente artigo se propõe a examinar os fundamentos críticos para possíveis perspectivas de atuação interdisciplinar da Defensoria Pública na defesa de adolescentes em conflito com a lei, articulando os pontos de contato entre o Direito e o Serviço Social a partir do pensamento criminológico crítico. Sinalizando para uma identificação epistemológica e axiológica entre o Serviço Social e o Direito, desenham-se contornos para uma perspectiva de resistência e de radical compromisso com a efetiva defesa dos direitos humanos em uma sociedade marcada pelo conflito entre capital e trabalho, manifestado na vida de adolescentes em conflito com a lei pelos fenômenos da seletividade penal e do encarceramento em massa.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do adolescente. SINASE. Medida socioeducativa.

ABSTRACT

This paper intends to examine the critical grounds for possible perspectives of interdisciplinary intervention by Public Defense in Brazil regarding children in conflict with the law, articulating the vicinity aspects of Law and Social Work throughout a reading of Critical Criminology. As both epistemological and axiological identifications between Social Work and Law are perceived, it is possible to design perspectives of resistance and radical commitment to defending human rights in a labour-capital conflictive society, in which the latter is manifests among children in conflict with the law as criminal selectivity and mass incarceration.

Keywords: *Child and Adolescent Statute. SINASE. Socio-educational measure.*



1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, mais do que uma inovação legislativa, foi verdadeira ruptura com a tradição menorista e tutelar anterior à Constituição de 1988, sepultando – ou ao menos assim pretendendo – o tratamento de crianças e adolescentes pelo Estado como meros objetos de intervenção judicial, sem voz ou agência sobre seu destino, o que se deu, principalmente, pelo reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de inúmeros direitos positivados expressamente em seu texto normativo (BUDÓ, 2013a, p. 76-77).

Fruto de intensas lutas de movimentos sociais, o ECA significou a mudança de paradigma no nível legislativo à mudança no nível constitucional resultante do art. 227 da Carta Cidadã de 1988; todavia, a positivação constitucional e legal da doutrina da proteção integral não implicou uma automática ruptura com o pensamento menorista e a doutrina da situação irregular – as quais persistem e insistem em aparecer em diversos discursos dentro e fora do Sistema de Justiça (BUDÓ, 2013a, p. 77-78).

Da mesma forma, a complementação normativa do ECA pela posterior Lei 12.594/12, que criou Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE, trouxe significativos avanços a partir de uma perspectiva de garantias processuais e também de conceituação jurídica das medidas socioeducativas, positivando em texto normativo a finalidade dúplice destas como intervenção estatal simultaneamente pedagógica e punitiva (RAMIDOFF, 2012).

A atuação da Defensoria Pública no sistema socioeducativo, ontologicamente interdisciplinar, transita por entre referidos diplomas normativos e a interlocução teórica dos diversos saberes que a formam. Porém, o verdadeiro amálgama dessa interdisciplinaridade, mais do que uma teleologia de radical e intransigente defesa dos direitos humanos, parece estar nos fundamentos epistemológicos e axiológicos dessas áreas do conhecimento.

Por tal razão, o presente artigo se propõe a examinar referidos fundamentos, destacando-os no movimento de desenho de uma atuação interdisciplinar contundentemente crítica – articulando, aqui, as áreas técnicas do Direito e do Serviço Social. E, para tanto, está dividido em três partes.

Na primeira parte, analisa-se, o conteúdo jurídico das medidas socioeducativas, a partir do Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE e das interpretações feitas sobre ele, inclusive na perspectiva criminológica crítica, buscando-se o significado social e político dessa restrição de direitos de adolescentes em conflito com a lei.

Na segunda parte, discute-se a interdisciplinaridade entre o Serviço Social, a Criminologia e o Direito no âmbito da atuação interdisciplinar da Defensoria Pública, bem como as implicações ético-políticas e societárias mais profundamente decorrentes desse diálogo.

Na terceira e última parte são apresentadas as conclusões.



2 O CONTEÚDO POLÍTICO-JURÍDICO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: FUNÇÕES MANIFESTAS E LATENTES

Especificamente quanto ao sistema punitivo dos adolescentes, o ECA substituiu o antigo Juizado de Menores pelas varas especializadas da Infância e Juventude, trazendo ao processo socioeducativo uma série de garantias processuais e direitos inexistentes no anterior sistema menorista (BUDÓ, 2013a, p. 83). Todavia, diversas lacunas foram deixadas pelo Poder Legislativo, em especial no tocante à execução das medidas socioeducativas e até mesmo no que diz respeito ao estrito conteúdo jurídico-teleológico dessas medidas.

Será com a Lei 12.594/12, instituidora do Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE, que o inovador tratamento conferido pelo ECA a adolescentes a quem se atribui ação conflitante com a lei será pormenorizado em termos da ideia de simultânea punição e intervenção educativa, além de definitivamente sepultar na esfera legislativa a doutrina da situação irregular e o menorismo. Como leciona Budó (2013b)

tudo o que implicar em redução de direitos não pode ser encarado como um bem para a criança e o adolescente. Sendo assim, não mais se admite a privação da liberdade para a proteção do adolescente. Para proteger foram criadas as medidas protetivas que não contemplam a privação da liberdade.

No mesmo sentido, Duarte (2017, p. 115)

Por meio do sistema socioeducativo, estão previstas articulações entre as políticas sociais básicas, assistência social, proteção especial e garantia de direitos humanos. Todavia, a privação de liberdade tem natureza penal, pois é garantido a (ao) adolescente o direito de ampla defesa conforme são garantidos aos adultos. Contudo, a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento faz com que a aplicabilidade da medida, embora de natureza penal, não seja igual ao do sistema penal adulto, de modo que todas as garantias para que a intervenção seja a menor possível no decurso do desenvolvimento da (do) adolescente em medida privativa de liberdade.

A partir do SINASE, tem-se que, na ordem jurídica brasileira, são três os objetivos das medidas socioeducativas previstas no ECA (art. 1º, §2º), a saber: “a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação” (inciso I); “a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento” (inciso II); e “a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei” (inciso III).

Entende-se, portanto, que as medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente comportam natureza dúplice punitivo-pedagógica (RAMIDOFF, 2012, p. 14-15; e BARBOSA; SOUZA, p. 97-9), não se constituindo mera sanção em face da conduta tida como reprovável por se tratar de ação conflitante com a lei, mas também não se constituindo em mera pedagogia, já que há, de alguma forma, privação de liberdade e/ou de exercício de outros direitos pelo adolescente responsabilizado, bem como sofrimento decorrente da medida – ainda que se trate, como ocorre na aplicação da medida de advertência, apenas de sofrimento moral, além dos efeitos psicológicos deletérios do



próprio processo socioeducativo. Conclui-se, portanto, que os objetivos trazidos pelo SINASE às medidas socioeducativas

se coadunam à perspectiva emancipatória do ECA, no sentido de não conceber as medidas socioeducativas como proteção ou tutela, mas como responsabilização do adolescente e desaprovação da conduta, bem como a sua integração social (BUDÓ, 2013a, p. 101).

Avançando, é certo que uma análise pormenorizada e crítica do sistema socioeducativo não pode se limitar, exclusivamente, ao conteúdo jurídico das medidas, sob pena de se empobrecer a compreensão à proporção estreita das funções manifestas da pena em sentido *lato*, ignorando-lhe as funções latentes (ZAFFARONI *et al.*, 2011).

Além disso, não se pode ignorar a seletividade penal como elemento central no funcionamento do sistema socioeducativo, uma vez que esta não é fenômeno exclusivo do sistema penal dos adultos. O sistema penal escolhe, a partir de critérios pessoais e estereotípicos, indivíduos contra os quais as agências penais travam processos de criminalização (ZAFFARONI *et al.*, 2011).

Esses processos de criminalização, inscritos na chamada criminalização secundária, são operados na perspectiva das diferenças de tratamento conferidas à classe que vive do trabalho, na exata proporção de se justificar esse tratamento diferenciado em características peculiares dessa classe no modo capitalista de produção (principalmente na inefetividade de direitos ao trabalho e à educação) e, disso, implicando-lhe a atribuição de identidade criminosa (BARATTA, 2017). Isso, claro, sem se ignorar que a seletividade penal já se faz presente, ainda que em menor grau, já na esfera da criminalização primária, à medida que a redação das leis penais e a escolha valorativa e proporcional dos bens jurídicos supostamente tutelados já transparece escolhas ínsitas à lógica de classe do modo capitalista de produção e ao interesse das classes dominantes (BARATTA, 2017).

Na esfera socioeducativa, a seletividade é perceptível ao longo da construção histórica do sistema jurídico separado em relação àquele dos adultos, notadamente na construção e perspectiva da doutrina da situação irregular:

Desde o início do século XX, quando ingressou no país a perspectiva tutelar, toda a legislação destinada ao público jovem foi ela própria seletiva: voltada não a todas as crianças e adolescentes, mas aos menores. A figura do menor simboliza bem esse paradigma. Identificasse a causa do problema do menor na marginalização social, incluindo-se, então, como potenciais infratores da lei, portadores de desvio de conduta ou de conduta antissocial apenas aqueles que se identificam ao estereótipo do marginalizado. Assim, a imunização dos jovens não pertencentes a esse estereótipo não trazia uma contradição entre teoria e prática, mas sim confirmava a teoria: as políticas de controle explicitavam essa seletividade ao proclamarem que o problema do menor era um problema de marginalização social (BUDÓ, 2013b).

A adoção de uma perspectiva criminológica crítica, portanto, sugere a maior adequação e eficiência no enfrentamento da questão a partir de um ponto de vista da teoria agnóstica da pena (ZAFFARONI *et al.*, 2011), principalmente ao se reconhecer as inúmeras falácias em torno da socioeducação seletiva, que distingue adolescentes a partir de critérios de classe e raça ao mesmo tempo em que traveste as operações jurídico-



políticas de controle social e de garantia da manutenção da acumulação capitalista de intervenção estatal legitimamente orientada para a defesa dos direitos humanos.

Longe de resolver os conflitos sociopolíticos postos na vida cotidiana de adolescentes marginalizados, decorrentes em maior ou menor grau do conflito entre capital e trabalho, a inscrição jurídico-constitucional de diversas garantias processuais e direitos no sistema socioeducativo repete a lógica de suspensão dos conflitos vista no sistema penal dos adultos (ZAFFARONI *et al.*, 2011) – mas diferencia-se, substancialmente, na perspectiva de um esforço interdisciplinar de intervenção positiva transformadora, ainda que limitado pelos contornos da chamada “questão social”¹.

Nesse sentido, Zapata (2010) assevera, valendo-se do pensamento criminológico de Loïc Wacquant, que o uso efetivo do sistema repressor do Estado contra adolescentes a quem se imputa responsabilidade por atos infracionais tem sido utilizado com o foco preciso de contenção da pobreza, na tônica atual de uso do direito penal (e infracional) como política pública para gestão da pobreza e dos indesejados pela classe dominante.

Wacquant (2003), analisando os Estados Unidos dos anos 1990-2000, mostra a direta relação entre a precarização e até mesmo extinção de políticas de assistência social e o recrudescimento da legislação penal daquele país, identificando um processo de redesenho da intervenção estatal sobre vulnerabilidades sociais – as expressões da chamada “questão social”, na terminologia do Serviço Social – consistente na substituição das políticas de assistência pelas políticas criminais e de encarceramento. Destarte, as políticas sociais, com caráter notório de regulação da pobreza e dos pobres, são substituídas por políticas de encarceramento de viés notoriamente segregacionista em raça e classe, em uma “cadeia institucional que liga entre eles os sectores assistencial e penitenciário do Estado” (WACQUANT, 2008, p. 468-469).

O Estado penal, nesses termos, decorreria de uma política de penalização da miséria, operante como mecanismo de controle da população marginalizada e, ainda, relacionado diretamente às incertezas e inseguranças no mundo do trabalho – e não apenas no nível local estadunidense, mas configurando-se como um fenômeno global de desmonte de políticas sociais de welfare, substituídas por políticas de recrudescimento penal e de encarceramento (WACQUANT, 2008).

É central nessa transição a consolidação de uma política de “Guerra às Drogas”, não apenas no campo policial como também em termos de normas jurídicas penais e processuais penais, possibilitando a explosão do encarceramento da população negra, pobre e periférica (WACQUANT, 2003). E os impactos dessa “guerra”, por sua vez, são tão profundos que, nos Estados Unidos – país mais emblemático dessa política encarceradora – restará flagrante a contradição numérico-matemática: “a curva da criminalidade estagnou, entre 1973 e 1993, antes de cair fortemente, no preciso momento em que o emprisionamento levantava voo” (WACQUANT, 2008, p. 466).

O Brasil também se engajou energeticamente na sua própria “Guerra às Drogas” e em projetos neoliberais. Por isso, as análises de Wacquant (2003; 2008) são úteis e podem ser trazidas para o contexto brasileiro: nosso percurso histórico não é diverso daquele da marginalização das classes ditas “perigosas” e da “guetificação” da população pobre, com assustador recorte racial nesses processos sócio-históricos (BRISOLA, 2012).



Isso porque, ainda que neste país um Estado de Bem-Estar Social tenha sido apenas alcançado em termos deontológicos, por meio da Constituição de 1988, houve uma efetiva tentativa de implementação desse Estado, inclusive com expansão dos direitos sociais. A propósito, José Murilo de Carvalho (2002) leciona que a trajetória histórica da cidadania no Brasil é invertida em relação aos exemplos europeus: aqui são primeiro afirmados e implementados os direitos sociais, especialmente em períodos ditatoriais e autoritários, sem qualquer reação ou levante popular substancialmente expressivo contra a restrição de direitos civis e políticos historicamente promovida em contrapartida.

Os impactos desse recrudescimento, em especial no tocante à criminalização de condutas referentes ao comércio de entorpecentes, foram profundamente sentidos não apenas no sistema penal dos adultos, mas igualmente no sistema socioeducativo, razão pela qual os apontamentos criminológicos de Loïc Wacquant são absolutamente pertinentes (ZAPATA, 2010).

Significa dizer, portanto, que a perspectiva das classes dominantes no sentido de uma mais fácil docilização² de adolescentes em relação aos adultos justificou a articulação pelo ECA de outras áreas do conhecimento, em especial do Serviço Social e da Psicologia. Assim, ao mesmo tempo em que o ECA (e posteriormente o SINASE) abre um riquíssimo campo de trabalho interdisciplinar que pode ser orientado à defesa intransigente dos direitos humanos, também baliza o Estatuto as fundações de uma perigosa armadilha: a *interdisciplinarização* das funções manifestas da medida socioeducativa de forma acrítica e romantizada, disfarçada de garantias processuais e de políticas públicas de acesso a direitos, sem *interdisciplinarizar* a crítica às funções latentes.

Portanto, uma defesa do duplo aspecto da medida socioeducativa (punitivo-pedagógica) se justifica na perspectiva instrumental de uso desse entendimento como forma de contenção do arbítrio estatal contra os direitos humanos (principalmente de liberdade) dos adolescentes, inclusive adotando-se uma perspectiva interdisciplinar efetiva e crítica que operacionalize conhecimentos e instrumentais das outras áreas do saber. Aqui, analisa-se especificamente a interlocução com o Serviço Social.

3 A ATUAÇÃO INTERDISCIPLINAR DA DEFENSORIA PÚBLICA: FUNDAMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

A atuação da Defensoria Pública na defesa dos adolescentes em conflito com a lei e nos processos de execução de medidas socioeducativas se norteia pelos princípios e diretrizes normativas previstos na Lei Complementar Federal 80/94, além daqueles constantes das leis orgânicas de cada Defensoria estadual. Ganha destaque, nessa seara, a previsão de atendimento interdisciplinar insculpida no art. 4º, inciso IV da Lei Nacional, o qual “parte da premissa da ineficiência da resposta ‘puramente’ jurídica e, ora com força normativa, impõe a busca de soluções em outros saberes, como a psicologia, a assistência social, a sociologia, a antropologia entre outros” (REIS *et. al.*, 2013, p. 72).



Além disso, houve uma preocupação especial do Poder Legislativo em investir a Defensoria Pública de atribuições especificamente direcionadas à defesa de adolescentes a quem se atribui ação conflitante com a lei, o que se verifica, em especial, pelos incisos XI e XVII do já referido art. 4º da Lei Complementar Federal 80/94, inclusive garantindo-se a prerrogativa de acesso e atendimento da população usuária em estabelecimentos de internação de adolescentes.

Significa dizer, portanto, que a Defensoria Pública se orienta institucionalmente para atuar de forma interdisciplinar na defesa de adolescentes selecionados pelo sistema socioeducativo em todos os espaços e circunstâncias, independentemente da privação de liberdade e sob uma crítica perspectiva do compromisso de defesa de seus direitos humanos. E, partindo-se de uma perspectiva criminológica crítica, os pontos de intersecção com o Serviço Social são facilmente identificáveis.

A propósito, é certo que a adoção de uma perspectiva orientada pela criminologia crítica parece inevitável, por ser essa a perspectiva criminológica que melhor se adequa e se conecta com a doutrina da proteção integral, rechaçando de imediato, assim, qualquer entendimento no sentido de “privação de liberdade para proteção, nem tampouco a ideia de ressocialização através dela, seja pela sua impossibilidade, seja pela compreensão de que isso seria uma violência à sua liberdade” (BUDÓ, 2013b).

Guerra (2009) leciona que o Serviço Social comporta consigo uma dimensão investigativa pautada pela busca da compreensão da verdade em toda a sua complexidade, para além das representações fenomênicas do real apreendidas pelo campo sensível do sujeito; e essa dimensão investigativa se orienta pela pesquisa empírica, extrapolando-a por meio do pensar dialético e aprofundando-se nas contradições do modo capitalista de produção, expressas nas diversas manifestações da “questão social”; mas também se pode verificar tal dimensão na esfera da pesquisa teórica acadêmica do Serviço Social, à medida que o profissional da área se vale de todo o arcabouço construído na academia para desenvolver um trabalho de compreensão e de intervenção mais profundo e qualificado. No mesmo sentido pontua Iamamoto (2013, p. 145-6):

A afirmação de um perfil profissional propositivo requer um profissional de novo tipo, comprometido com sua atualização permanente, capaz de sintonizar-se com o ritmo das mudanças que presidem o cenário social contemporâneo [...]. Profissional que também seja um pesquisador, que invista em sua formação intelectual e cultural e no acompanhamento histórico-cultural dos processos sociais para deles extrair potenciais propostas de trabalho – ali presentes como possibilidades – transformando-as em alternativas profissionais. Um horizonte é incorporar a pesquisa como atividade constitutiva do trabalho profissional, acumulando dados sobre as múltiplas expressões da questão social, campo em que incide o trabalho do assistente social [...].

Portanto, o pensar do Serviço Social é amplo e se dirige à pesquisa das diversas expressões da “questão social”, abarcando todos os seus respectivos elementos históricos e conjunturais, valendo-se, para tanto, do conhecimento construído e em construção na pesquisa acadêmica e no diálogo permanente com o trabalho de campo, nos atendimentos e encaminhamentos. Em termos mais concretos, Guerra (2009, p. 14):



O assistente social lida com essas múltiplas expressões das relações sociais da vida cotidiana, o que permite dispor de um acervo privilegiado de dados e informações sobre as várias formas de manifestação das desigualdades e da exclusão social em sua vivência pelos sujeitos, de modo que a ele é facultado conhecer a realidade de maneira direta: a partir da sua intervenção na realidade, das investigações que realiza, visando responder a esta realidade. Mas é possível também conhecer através das experiências indiretas, através do que já foi produzido por outras pesquisas e/ou teoricamente. Também aqui, para o assistente social, se exige um investimento na investigação, posto que, ao testar o conhecimento derivado indiretamente, tem-se como resultado uma avaliação sobre o mesmo.

O Serviço Social, desde o seu momento histórico de ressignificação, entre as décadas de 1980 e 1990, perpassando a reforma curricular da graduação e a elaboração e consolidação do Código de Ética, foi profundamente reconstruído e sintonizado a um projeto ético-político, que passou a figurar como plano ideal e deontológico da prática profissional – o que, aliás, o próprio Código de Ética já revela (IAMAMOTO, 2013, p. 230-41; CISNE, 2012).

É com esse movimento de ruptura e de ressignificação do Serviço Social, edificado sobre bases marxistas – principalmente pela desmistificação da “questão social” (CISNE, 2012), nos termos da pauperização dos trabalhadores a partir da exploração capitalista aguçada com a Revolução Industrial (YAZBEK, 2008) – reconhece-se claramente o papel de responsabilidade do Estado para com os direitos sociais dos cidadãos, dever esse, saliente-se, juridicamente imposto não apenas pela Constituição de 1988 como também por diversos tratados internacionais de direitos humanos (em especial o Pacto da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo de San Salvador à Convenção Americana de Direitos Humanos).

Mais ainda, como leciona Yazbek (2008), traz consigo o Serviço Social um projeto emancipatório e democrático de empoderamento dos usuários e de definitivo rompimento do primeiro damismo e da lógica filantrópica, reconhecendo o usuário do serviço social não mais como subalterno a quem se presta um favor ou caridade, mas como um titular de direito sociais em face do Estado (entre tais direitos, a assistência social).

Uma análise direta do Código de Ética Profissional revela que já nos princípios fundamentais lançam-se luzes para (CFESS, 2012, p. 23) o “reconhecimento da liberdade como valor ético central e das demandas políticas a ela inerentes - autonomia, emancipação e plena expansão dos indivíduos sociais” (inciso I) e a “defesa intransigente dos direitos humanos e recusa do arbítrio e do autoritarismo” (inciso II), bem como o “posicionamento em favor da equidade e justiça social, que assegure universalidade de acesso aos bens e serviços relativos aos programas e políticas sociais, bem como sua gestão democrática” (inciso V).

Cabe destacar, ainda nessa breve topografia da esfera ético-política do Serviço Social, dois dispositivos que tratam de deveres do assistente social: primeiro, a alínea “c” do art. 3º, inserta no rol de deveres gerais de assistente social, e que determina o dever de “abster-se, no exercício da Profissão, de práticas que caracterizem a censura, o



cerceamento da liberdade, o policiamento dos comportamentos, denunciando sua ocorrência aos órgãos competentes” (CFESS, 2012, p. 29); e, segundo, a alínea “a” do art. 5º, insere no rol de deveres do assistente social para com os usuários, delineando o dever de “contribuir para a viabilização da participação efetiva da população usuária nas decisões institucionais” (CFESS, 2012, p. 29).

Assim, verifica-se que o diálogo entre Direito, Serviço Social e Criminologia na esfera de atuação interdisciplinar da Defensoria Pública se molda a partir das próprias bases axiológicas e epistemológicas dessas áreas do saber e respectivas profissões – o que, no limite, reforça e reitera o compromisso de defesa dos direitos de adolescentes a quem se atribui ação conflitante com a lei.

O direito socioeducativo, tanto ou até mais quanto o próprio direito penal, é um campo de disputas ideológicas, em que a linguagem técnica por vezes disfarça projetos societários e concepções de mundo do operador do direito. E persiste no campo jurídico uma tradição conservadora, ligada à manutenção do poder das classes dominantes, tanto quanto sobrevive ainda no Serviço Social o pensamento conservador em suas diversas manifestações (CISNE, 2012). A esse respeito, também, Borgianni (2013, p. 436):

A justiça ou o universo jurídico ‘deixados a si mesmos’ atuarão sempre nesse sentido: de restituir a ‘ordem das coisas’, embora, como vimos, uma ordem produtora – e tendencialmente reprodutora de desigualdades. Se os homens e mulheres que adquirem consciência desse processo não atuarem no sentido de incrustar nele elementos de negatividade (resistências, oposições etc.), ele se moverá sempre nessa direção, e as mediações que serão produzidas serão sempre aquelas que servem à reiteração da ordem.

Assim, uma proposta de atuação interdisciplinar da Defensoria Pública, portanto, espera-se pautada numa perspectiva cética em relação ao poder de punir estatal e às medidas socioeducativas. Historicizando-se na periferia do capitalismo e na trajetória de diversos regimes autoritários no Brasil, à semelhança de demais países latino-americanos, essa perspectiva parece estar mais alinhada aos objetivos de efetiva e intransigente defesa dos direitos humanos se orientada a partir da proposta teórica de Zaffaroni *et al.* (2011), sintetizada na atuação estratégica que emprega a técnica jurídica e a chamada “ciência” do direito penal como instrumentos de freio do poder estatal e de proteção dos direitos fundamentais.

Especificamente no tocante ao Serviço Social, aliás, é indispensável se articular o olhar crítico da pesquisa nessa área do saber em relação ao sistema de justiça como um todo – como a que se lê, por exemplo, em Borgianni (2013, p. 435)³ – com a pesquisa criminológica crítica, desmantelando-se as falácias da socioeducação inscritas nas funções manifestas das medidas e, mais, desvelando-se a própria lógica do encarceramento e suas funções reais para a acumulação capitalista.

Nessa perspectiva de atuação interdisciplinar crítica, poderão os órgãos de execução e os Centros de Atendimento Multidisciplinar (CAM) elaborar conjuntamente, a partir do diálogo entre as suas áreas de formação técnica delineadas sob um prisma crítico, estratégias de resistência, direcionadas à deslegitimação do sistema socioeducativo e à defesa dos direitos humanos para além da punição (medida



socioeducativa), na construção de uma nova configuração societária que não reproduza institucionalmente, no seio do Estado, as violências praticadas e consideradas desviantes – e que se comprometa, por seu sistema de justiça, a efetivamente resolver os conflitos sociais por detrás dos conflitos jurídicos⁴.

Uma estratégia agnóstica, portanto, orientada por um projeto abolicionista de longo prazo, consubstanciada numa postura de resistência para uma *praxis* transformadora. Trata-se, portanto, de uma atuação operativa numa sociedade de conflitos de classe e aquiescente com o garantismo unicamente na exata proporção de tensionar suas contradições ao limite, oportunizando transformações sociais concretas e efetivas decorrentes das colisões peculiares desse tensionamento. Na didática explanação de Duarte (2017, p.107):

Do exposto, a lei perde sua *verdade*, na medida em que o discurso jurídico não serve para todos. Todavia, sua *falsidade* fornece ascensão para a luta de classes, bem como a criação de outros sistemas que tencionem a efetivação dos direitos; é preciso, portanto, que haja conflitualidade e, com ela, a expansão e garantia das liberdades inerentes ao Estado Democrático de Direito (grifos do original).

Dessa forma, peças processuais travam diálogos já no idioma idílico das garantias de um processo seletivo, potencializando à máxima potência as contradições do sistema socioeducativo e a dissociação eminente entre o cotidiano e a doutrina da proteção integral, erigida sobre o reconhecimento inequívoco de crianças e adolescentes com sujeitos de direito e não mais objetos.

Do mesmo modo, os instrumentais do Serviço Social deixam de ser meros procedimentos burocratizados de assistente social⁵. O instrumental passa a ser uma forma de engajamento e de resistência, de consubstanciação e de concretização do projeto ético-político do Serviço Social e de enfrentamento da seletividade do sistema socioeducativo, na defesa dos indesejáveis e considerados pelas classes dominantes como “perigosos”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma perspectiva de atuação interdisciplinar da Defensoria Pública na defesa de adolescentes a quem se atribui ação conflitante com a lei, para que não se descure de um verdadeiro compromisso com a defesa dos direitos humanos à rigorosa luz das leis orgânicas nacional e estaduais, deve compreender o papel político-jurídico do sistema socioeducativo dentro da perspectiva da totalidade no modo capitalista de produção, especialmente à luz dos primas da seletividade penal e das políticas de encarceramento em massa de jovens negros e pobres – considerados pela elite dominante como indesejáveis, mas de mais fácil docilização do que os adultos.

Tais fundamentos levam à compreensão, igualmente, de que a natureza jurídica dúplice da medida socioeducativa, de intervenção estatal simultaneamente pedagógica e punitiva, é apenas a sua função manifesta, ocultando as funções latentes acima mencionadas.

Por conseguinte, uma perspectiva de atuação interdisciplinar da Defensoria Pública que se pretenda verdadeiramente crítica, incapaz de se descurar da análise



criminológica minuciosa dessas funções e da seletividade do sistema socioeducativo, pode enriquecer em termos estratégicos e de efetividade a partir da proposta agnóstica de uso útil do garantismo à máxima potência possível na ordem das contradições do sistema de justiça capitalista, sem aderir ao sedutor e falacioso discurso garantista como articulação intelectual válida da realidade (ZAFFARONI *et al.*, 2011).

Analisando, mais especificamente, as possibilidades de atuação a partir da interdisciplinaridade entre Direito e Serviço Social, verifica-se que este compartilha dos exatos fundamentos críticos daquele, ampliando-se ambos a partir da interlocução direta com o pensamento criminológico crítico. Nesse sentido, cabe reiterar que, em sendo o Serviço Social pertinente a uma profissão permeada por um projeto societário emancipatório, de defesa dos direitos humanos e da liberdade, à luz de seu projeto ético-político, os fundamentos críticos aqui apresentados se acoplam e se identificam efusivamente com as bases da profissão, em especial no que diz respeito à sua dimensão investigativa.

Uma vez apropriados do saber criminológico, os órgãos de execução e os CAMs na Defensoria Pública assumem uma nova postura mais crítica, atuando na área sociojurídica com plena consciência do papel historicamente consolidado do direito penal e do direito socioeducativo de punir os pobres e “limpar” as ruas dos indesejados, docilizando-os para a lógica da venda de força de trabalho e da acumulação privada capitalista.

Celebrar, então, os trinta anos do ECA a partir de tais bases significa enaltecer, sempre, uma legislação tão progressista e icônica no que diz respeito à incorporação jurídico-normativa de reivindicações de movimentos da sociedade civil – todavia, reconhecendo, criticamente, os próprios limites dessa mesma legislação e das suas complementares (como o SINASE) pela compreensão da totalidade das relações sociais.

Nesse cenário, enxergando a notória identificação epistemológica e axiológica entre as duas diversas áreas do conhecimento analisadas, aponta-se para uma possível insurgência da Defensoria Pública enquanto agente (des)legitimadora do sistema punitivo e lhe sugerindo uma *praxis* orientada por um pensar mais profundo e global, como propõe Guerra (2009), no horizonte do abolicionismo penal/socioeducativo aliado a profundas transformações societárias – sem prejuízo da já mencionada estratégia agnóstica de resistência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. 4ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013.

BORGIANNI, Elisabete. *Para entender o Serviço Social na área sociojurídica*. In: *Serviço Social e Sociedade*, nº 115, p. 407-442, jul./set. 2013. São Paulo: Cortez, 2013.



BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Orientadora: Profa. Dra. Katie Silene Cáceres Argüello. Curitiba: UFPR, 2013.

_____. *Vulnerabilidade, exclusão, seletividade: o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional*. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; MENDES, Regina Lucia Teixeira; SCARAMELLA, Maria Luisa. (Org.). *Sociologia, Antropologia e Cultura jurídicas*. 1ed. Florianópolis: Funjab, 2013, v. , p. 291-314.

CARVALHO, Jorge Luis; RIBEIRO, Nádia Degrazia; COSTA, Newvone Ferreira da; BANDEIRA, Maria Márcia Badaró; PEREIRA, Tânia Maria Dahmer. *O exame criminológico – notas para sua construção*. In: CFESS (org.). *O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: contribuição ao debate no judiciário, penitenciário e na previdência social*. São Paulo: Cortez, 2011.

CFESS. *Código de ética do/a assistente social. Lei 8.662/93 de regulamentação da profissão*. 10ª ed. rev. e atual. Brasília: Conselho Federal de Serviço Social, 2012.

CISNE, Mirla. *Gênero, divisão sexual do trabalho e serviço social*. São Paulo: Outras Expressões, 2012.

COUTO, Berenice Rojas; YAZBEK, Maria Carmelita; SILVA, Maria Ozanira da Silva e; RAICHELIS, Raquel (orgs.). *O sistema único de assistência social no Brasil: uma realidade em movimento*. São Paulo: Cortez, 2010.

DUARTE, Joana F. *Para além dos muros: as experiências sociais das adolescentes na prisão*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BRISOLA, Elisa. *Estado penal, criminalização da pobreza e Serviço Social*, in SER Social, v. 14, n. 30. Brasília: UNB, 2012.

FÁVERO, Eunice Terezinha. *Instruções sociais de processos, sentenças e decisões*. In: *Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais*. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 40ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GARLAND, David. *As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico*. In: *Revista de Sociologia e Política*, nº 13, nov. 1999. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2013.

_____. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.



GONÇALVES, Patricia. *O crime, a criminologia e o Serviço Social: problemas e articulações*. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Serviço Social do Centro Sócio-Econômico da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, sob orientação da Profa. Dra. Myriam Raquel Mitjavila. Florianópolis: UFSC, 2010.

GUERRA, Yolanda. A dimensão investigativa no exercício profissional. In: *Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais*. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

IAMAMOTO, Marilda Villela. *O Serviço Social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional*. 24ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

MARTINELLI, Maria Lúcia. *Serviço Social: identidade e alienação*. 16ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

MELATTI, Kelly Rodrigues. *A reprodução da violência doméstica e suas interfaces com a lógica da dominação*. Dissertação de mestrado apresentada à Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sob orientação da Profa. Dra. Maria Lúcia Martinelli. São Paulo: PUC-SP, 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde*. In: *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, vol. 1, nº 2, maio/agosto de 2011. Recife: Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira, 2011.

MIOTO, Regina Célia Tamasso. *Debate simultâneo: família, gênero e assistência social*. In CFESS, *O trabalho do/a Assistente Social no Suas: seminário nacional*, p. 108-17. Brasília: CFESS, 2011.

NETTO, José Paulo. *Capitalismo monopolista e Serviço Social*. 8ª edição. São Paulo: Cortez, 2011.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SIMIONATTO, Ivete. *As expressões ideoculturais da crise capitalista na atualidade e sua influência teórico-política*. In: *Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais*. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

SILVA, Rodrigo Augusto Tadeu Martins Leal da. *Exame criminológico: estratégias, resistências e o curto-circuito do conservadorismo*. 2018. 76 f. Dissertação.



Orientadora: Profa. Dra. Maria Lúcia Martinelli. (Mestrado em Serviço Social) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes - Elementos Para Uma Teoria Garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *O corpo, o gueto e o Estado penal*. Entrevista concedida a Susana Durão, in *Etnográfica – Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia*, vol. 12, p. 455-486. Lisboa: CRIA, 2008.

YAZBEK, Maria Carmelita, *Estado e políticas sociais*. In: *Revista Praia Vermelha*, v. 18, n. 1. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. Disponível em: <<http://www.ess.ufrj.br/ejornal/index.php/praiavermalha/article/view/39/24>>. Acesso em 27 de maio de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAPATA, Fabiana Botelho, *Medida socioeducativa de internação: um estudo a respeito do tempo de privação de liberdade associado à repetição do ato infracional*. Dissertação de mestrado apresentada à Pós-Graduação Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei da Universidade Bandeirante, sob orientação da Profa. Dra. Neusa Francisca de Jesus. São Paulo: Universidade Bandeirante, 2010.

¹ Definida como a contradição principal do modo capitalista de produção, consistente na publicização do trabalho versus a apropriação privada da respectiva riqueza gerada (IAMAMOTO, 2013).

² O conceito de docilização aqui empregado é o Foucault (2012, p.133), significando que, pelas disciplinas, “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”, esses corpos serão assujeitados por uma forma de exercício de poder (o poder disciplinar) que os molda, modula e reconfigura de acordo com o projeto político, econômico e social vigente – não sendo, no mais, a disciplina exclusividade do sistema penal, mas tecnologia presente também em outros espaços, como a escola, o exército e o hospital.

³ “Por isso, não se pode perder de vista, nem por um instante, nesse cotidiano que tende a retirar a aparência reificada da processualidade societária, que quem atua na área sociojurídica está confrontando o tempo todo com as contradições que surgem ou se renovam reiteradamente a partir da relação tensa entre as determinações próprias da sociedade que é regida pelo capital e o buscar da “justiça” [...]. Ora, evidentemente isso é apenas a face imediata e aparente do Poder Judiciário, aparência que desvanece quando começamos a pesquisar seu real significado na sociedade burguesa. O que o Poder Judiciário resolve “de forma definitiva” não são os problemas das pessoas ou da sociedade em geral, mas problemas e questões jurídicas, o que é muito diferente” (BORGIANNI, 2013, p. 435).



⁴ “E aqui entramos em mais uma das armadilhas que estão postas no cotidiano de quem trabalha na esfera do chamado sistema de justiça: nessa área há um risco enorme de o assistente social deixar-se envolver pela ‘força da autoridade’ que emana do poder de resolver as questões jurídicas pela impositividade, que é o que marca o campo sociojurídico, e ‘encurtar’ o panorama para onde deveria voltar-se sua visão de realidade, deixando repousar essa mirada na chamada lide, ou no conflito judicializado propriamente dito; passando a agir como se fora o próprio juiz, ou como um ‘terceiro imparcial’, mas cuja determinação irá afetar profundamente a vida de cada pessoa envolvida na lide. Por exemplo, em um processo em que alguém está sendo acusado de negligência para com uma criança, seja o pai ou a mãe: a decisão judicial buscará ‘recompor o direito da criança que foi violado’, podendo, no limite, alijar esse pai ou essa mãe, ou ambos, do poder familiar sobre essa criança. O assistente social, diferentemente de um juiz ou de um promotor, diante de um caso assim, terá de olhar para a totalidade da problemática e suas consequências, e não só para a proteção dos direitos da criança que, sem dúvida, será o foco da atenção do juiz” (BORGIANNI, 2013, p. 437-438).

⁵ “O exame criminológico, portanto, se inscreve como um instrumento de custódia e representa não só um dilema teórico-metodológico, mas sobretudo um desafio ético. Sua construção apresenta-se como um impasse tanto para os presos quanto para os profissionais [...]. Enquanto os profissionais tecem as já mencionadas críticas de ordem teórico-práticas e as considerações expostas acima, os presos atém-se às questões de ordem prática, e imediata. A preocupação quanto ao que deve ou não ser dito [...]. Cabe ao profissional desmontar a história pronta destinada a atender a suposta expectativa dos técnicos, rompendo a estereotípia de sua escuta e a da fala do preso, produzindo com ele, naquele instante, uma nova história que traga um outro sentido ao ato delituoso, articulando-o com o restante de sua história atual e pregressa. Não se trata aqui de desconhecermos que seu discurso possa ser diferente da realidade dos fatos, pois temos a convicção de que suas “mentiras” ou histórias prontas é uma estratégia de sobrevivência diante de uma situação que poderá levá-lo à liberdade” (CARVALHO et al., 2011, p.69-96).



A destituição do poder familiar de mulheres presas - considerações sobre a violação de direitos e estratégias de atuação defensiva

***The removal of family power from women prisoners - considerations on
the violation of rights and defensive strategies***

Davi Quintanilha Failde de Azevedo
Defensor Público do Estado de São Paulo
dqazevedo@defensoria.sp.def.br

Douglas Schauerhuber Nunes
Defensor Público do Estado de São Paulo
dsnunes@defensoria.sp.def.br

A maternidade e a paternidade marcam as crianças e o desenvolvimento de sua personalidade para sempre. Nenhum ser humano existe independente do seu pai e da sua mãe. Mesmo que não os conheça, existem na sua mente, nem que seja pela ferida que fica do abandono. (Sottomayor, Clara. Temas de Direito das Crianças. Coimbra: Almedina. 2014.)

Resumo

A Destituição do poder familiar é uma realidade que atinge mulheres presas e seus filhos, ainda que a solução legal seja a manutenção do vínculo familiar durante o período de cumprimento de pena. O encarceramento feminino tem aumentado nos últimos anos, o que exige da Defensoria estratégias de atuação para garantia do direito de convivência familiar de mulheres encarceradas, seja nos processos de execução criminal, seja na área da infância cível. Nesse sentido, a Defensoria do Estado de São Paulo tem desenvolvido teses e desenvolvido uma política de atendimento de mães encarceradas denominada “Mães em cárcere”, além da atuação judicial e extrajudicial no tema.

Palavras-chave: Destituição do Poder Familiar. Mulheres Presas. Convivência Familiar.

Abstract

The removal of family power is a reality that affects women in prison and their children, even though the legal solution is to maintain the family bond during the period in prison. Female incarceration has increased in recent years, which requires the Public Defender's practice to ensure the right of family life for incarcerated women, whether in criminal execution proceedings or in the area of civil procedure. In this sense, the Public Defender Office of the State of São Paulo has developed legal theses and a policy for the legal assistance of incarcerated mothers called “Mothers in prison”, in addition to judicial and extrajudicial action on the subject.

Keywords: Disposal of Family Power. Arrested Women. Family living.



1. Considerações sobre o Poder Familiar

O direito à convivência familiar é constitucionalmente garantido pelo art. 227, sendo que o artigo 1638 do Código Civil traz os deveres que compõem o poder familiar, anteriormente conhecido como pátrio poder¹. Há também direitos básicos que compõem a relação entre pais e filhos: a dos pais em ter os filhos em sua guarda e companhia e o direito dos filhos à convivência familiar em ambiente adequado (art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

Em seu art. 20, o ECA dispõe, igualmente, que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”. Em seu parágrafo único, o mesmo art. 20 dispõe, ainda, que “a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos em lei”.

O exercício deste direito de convivência familiar pelos pais possui tamanha importância para o desenvolvimento sadio da criança que a Constituição Federal, conforme artigo 217, *caput*, norteada pelo princípio da proteção integral da criança, reconheceu ser a convivência familiar um dever a ser assegurado pela família, pela sociedade e pelo Estado. Também o ECA, em seu art. 19, § 3º estabelece que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família: “a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.” Assim, a procura pela família extensa da criança deve ser exaurida antes de se cogitar a institucionalização ou colocação da criança em família substituta.

1.2. A Destituição do poder familiar no direito brasileiro

O direito brasileiro prevê a possibilidade de destituição do poder familiar em hipóteses fixas e determinadas. Assim, o Art. 1.638 do Código Civil estabelece que 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 artigo antecedente. A Lei nº 13.509, de 2017 incluiu o inciso V com a previsão de perda do poder familiar a quem entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

A Lei nº 13.715, de 2018 incluiu um parágrafo único com novas possibilidades, tais como: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.



Da análise dos artigos supramencionados do Código Civil de 2002, observa-se que, por via judicial, o poder familiar será extinto quando presente uma das hipóteses do art. 1638. Importante destacar que mesmo antes da lei de 2018, já existia a possibilidade de perda do poder familiar decorrente de crime doloso contra a vida do filho, sendo efeito anexo ao da condenação, de acordo com o disposto no art. 92 do Código Penal (CP).

No entanto, conforme explicitamente previsto na legislação, não é qualquer condenação criminal que tem por efeito a perda do poder familiar, sendo que a destituição do poder familiar sofrido por mulheres presas viola normativas de proteção à criança e o direito à convivência familiar, bem como garantias penais.

É inegável o imenso sofrimento de mães encarceradas pela perda de sua criança, pois quando dão à luz no cárcere, o processo de separação entre mães e filhos se reveste de um sofrimento intenso, tanto para a mãe quanto para o bebê. A mãe passa por um processo de hipermaternidade durante os seis primeiros meses, estando impossibilitadas de frequentar atividades e trabalharem. Quando a convivência é interrompida e a criança é retirada do convívio materno (entregue para a família ou encaminhada para a unidade de acolhimento), ocorre a transição da hiper para a hipomaternidade, que é o rompimento imediato do vínculo, sem transição e período de adaptaçãoⁱⁱ.

De acordo com o art. 23 do ECA, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, sendo que o art. 24. determina que a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Assim, o ECA, além de traçar o rito processual para o processo de suspensão e perda do poder familiar, traz hipóteses normativas restritivas, sendo vedada interpretação extensiva para outras hipóteses não previstas em lei.

A suspensão e a destituição do poder familiar são as sanções mais graves impostas aos pais, motivo pelo qual devem ser decretadas por sentença, em procedimento judicial próprio, com a garantia do princípio do contraditório e o da ampla defesa, na hipótese de seus atos se caracterizarem como atentatórios aos direitos dos filhos, conforme art. 129, inc. X e os arts. 155 e 163 da Lei n. 8.069/90. Por constituírem medidas drásticas e excepcionais devem ser aplicadas com a máxima prudênciaⁱⁱⁱ, norteadas por princípios semelhantes ao do direito penal, como os princípios da taxatividade, intervenção mínima e subsidiariedade.

Na destituição, há mudança na situação da criança, que é obrigada a deixar o seu convívio familiar. Em tais situações pode-se dizer que existe a história focada na criança e uma “outra” história da mãe e/ou do pai, que muitas vezes não vêm à tona, ou não se evidencia com clareza. Ainda que essas histórias estejam intrinsecamente ligadas, em determinados momentos acabam seguindo caminhos diferentes e separados^{iv}.

Na maioria das situações, a destituição do Poder familiar não proporciona a emancipação e autonomia, ao contrário intensificam as expressões da questão social que se fazem presentes e que foi usada como argumento para a destituição. A pobreza deixa as pessoas



vulneráveis a tais situações, compreendendo esta pobreza como “um conjunto de ausências relacionado à renda, educação, trabalho, moradia e rede familiar e social de apoio”^{vi}.

Como já explanado, a perspectiva de destituição em razão de pobreza é equivocada, sendo que o ECA assegura, em seu art. 101, outras medidas de proteção que se pautam na direção de restabelecer e restaurar os vínculos familiares, tais como orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos. E, em último caso, o acolhimento em entidade e colocação em família substituta.

No mesmo sentido, o art. 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, prevê o dever do Estado de proteger a família e dar assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade. As Diretrizes Internacionais de Cuidados Alternativos à Criança da ONU são mais explícitas ao prever que os Estados devem implementar medidas eficazes para evitar o abandono de crianças e separação da criança de sua família.

No caso específico de pessoas presas, o artigo 19, §4º do ECA determina ser garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Apesar da normativa existente, muitas mulheres com filhos estão em situação de cárcere e correm o risco de sofrerem destituições do poder familiar de maneira injusta, penalizando a pobreza com tal medida gravosa e desproporcional. Apenas no ano de 2019, a Defensoria de São Paulo atendeu 3.176 mulheres encarcerada com filhos^{vi}.

2. Ser mãe no cárcere

2.1. Encarceramento feminino

Os dados referentes à população prisional feminina brasileira são fundamentais para se pensar e problematizar a questão da destituição do poder familiar da mulher presa.

Entre o ano de 2000 e 2016 a população prisional feminina cresceu 698%^{vii}. A maioria das mulheres presas, segundo o Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade - Julho de 2017^{viii}, são mulheres jovens, negras, pobres e com baixa escolaridade. Segundo dados do Infopen de 2014^{ix}, 80% das mulheres presas são mães.

Segundo dados do relatório de 2017, a população prisional feminina alcançava 37.828. Havia 31.837 vagas, com uma taxa de ocupação de 118,8%. Em São Paulo eram 12520 mulheres encarceradas ou 31,6% da população prisional feminina do país. 37,67 % das mulheres presas são presas provisórias, sem condenação.



Quanto ao tipo de crime, nota-se que 59,9% das mulheres estavam cumprindo pena por tráfico, seguidos de roubo (12,90%) e furto (7,8%). Portanto, quase 70% das mulheres que cumpriam pena à época do relatório estavam encarceradas por crimes que não envolvem violência ou grave ameaça à pessoa. Há Estados em que mais de 80% das mulheres cumprem pena pelo crime de tráfico (MS, PB, RJ, RN e RR).

Voltando-se a atenção para as presas que são mães e/ou gestantes, nota-se que a estrutura prisional do país é inadequada para essa realidade. Seis unidades da federação não possuem nenhuma cela adequada ou dormitório para gestante (AC, AP, PI, RR, TO e RN).

Dos 205 estabelecimentos prisionais existentes para as mulheres, apenas 14,2% possui espaço reservado para gestantes e lactantes. Tão somente 3,20% dos estabelecimentos penais têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil com locais destinados a proporcionar o contato da mãe presa com o filho recém-nascido, momento especialmente marcado pelos cuidados da amamentação. Apenas 0,66% das unidades prisionais femininas ou mistas possuem creches apropriadas para receber crianças acima de dois anos (23 e 24).

Além disso, cinco unidades da federação possuem estabelecimentos penais com creches (MS, PR, RJ, RS e SP).

As constatações do relatório demonstram a grande diversidade de estrutura das prisões femininas nas diversas unidades da Federação. Em determinado trecho, uma das conclusões é^x:

Os espaços destinados à convivência mãe-filho diferem bastante entre os estados da federação, existindo unidades prisionais exclusivamente destinadas a este fim quanto alas, galerias ou prédios separados em penitenciárias femininas. O tempo de permanência da criança da criança junto à mãe também difere. Há estados onde as crianças podem permanecer com suas mães depois de um ano de idade e outros em que o tempo permitido varia desde seis meses até um ano.

2.2. Direitos das mulheres em situação de privação de liberdade na legislação nacional e internacional

Há um amplo cipoal normativo que forma um verdadeiro sistema de proteção dos direitos das mulheres encarceradas e seus filhos. No entanto, há um grande descompasso entre a previsão normativa e a realidade do sistema prisional, o que indica que há ainda muito a se avançar na garantia destes direitos.

Neste sentido, será importante levar em consideração a previsão constitucional destes direitos, bem como aqueles que foram reforçados por tratados internacionais de que o Estado brasileiro faz parte. Na seara penal destacam-se as chamadas Regras de Bangkok, que não tem natureza de um tratado internacional, mas é um documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução 252, de 04 de setembro de 2018, para a regulamentação das Regras de Bangkok no âmbito do Poder Judiciário. Mencionada Resolução esmiúça os direitos das mulheres e gestantes privadas de liberdade, estabelecendo princípios e diretrizes de tratamento.



2.2.1. Visitas

A Lei de Execuções Penais garante o direito às visitas como forma de ressocialização do indivíduo. No mesmo sentido, deve ser garantido que mulheres encarceradas continuem recebendo visitas de seus filhos.

No âmbito internacional há previsão deste direito nas Regras 26 e 28 das Regras de Bangkok. Veja-se:

Regra 26 Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos/as, quem detêm a guarda de seus filhos/as e seus representantes legais. Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seus locais de residência.

Regra 28 Visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência positiva, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários/as, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos/as. Onde possível, deverão ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos/as filhos/as.

Nota-se que a ampla possibilidade de contato da mãe com os filhos é a regra, sendo que sua restrição deve ser excepcional, cabendo ao Estado obrigação positiva no sentido de garantir a convivência da mãe com os filhos nos casos em que residam distante da unidade prisional. No mesmo sentido, há obrigação negativa no sentido de que os servidores da unidade prisional não devem interferir negativamente na fruição deste direito.

No âmbito normativo nacional, como já ressaltado, o direito a visitas encontra resguardo no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na Lei de Execuções Penais (LEP). Veja-se a dicção dos arts. 19, §4º e 33, §4º do ECA:

Art. 19 (...)

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Art. 33 (...)

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Ademais, a visita é um direito do preso, previsto no art. 41, X da LEP, assim previsto: Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

Assim sendo, como se nota da normativa mencionada, o crime imputado à mulher presa não pode, por si só, ser fundamento para que se impeça sua convivência com seus filhos, ressalvada a hipótese em que o filho é a vítima do crime pelo qual a mulher está cumprindo pena. Essa interpretação decorre das alterações legislativas trazidas pela Lei 13769/2018 que estabeleceu novas regras para a prisão e o cumprimento de pena de mulheres que são mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, excetuando sua aplicação nos casos em



que o crime tenha sido cometido contra seu filho ou dependente (Art. 318-A, II do CPP e Art. 112, §3º, II da LEP).

A Resolução 252/2018 do CNJ estatui a necessidade de se garantir dias de visitação exclusiva para os filhos e dependentes de mulheres em situação de privação de liberdade, evitando-se que coincidam com os dias normais de visitas, contando com o apoio dos órgãos de assistência social, como CREAS e CRAS (art. 8º, §1º, XII,). No art. 8º, §1º, XIII prevê a necessidade de se disponibilizar condições especiais de visitação para pais de crianças que estão acolhidas com suas mães, tudo com a ideia de fortalecer os vínculos e responsabilizar o genitor quando da saída da criança da unidade prisional.

2.2.2. Amamentação

Há diversas previsões normativas garantindo o direito de mulheres em situação de privação de liberdade amamentarem seus filhos.

No âmbito internacional a Regra 48 das Regras de Bangkok em seu item 2 traz a seguinte previsão: 2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

Estabelece-se que é dever do Estado estimular a amamentação materna de mulheres em situação de aprisionamento.

A Constituição Federal do Brasil estatui como garantia fundamental o direito à amamentação em seu art. 5º, L, estabelecendo que “Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

No âmbito infraconstitucional há previsão específica no ECA e na LEP. O art. 9º do ECA prevê: Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

O art. 83, §2º da LEP tem previsão específica sobre o assunto: § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Nota-se que a previsão legislativa é de que a amamentação seja garantida por, no mínimo, 6 meses. Evidente que por se tratar de norma que restringe direito fundamental deve ser interpretada de maneira restrita. Assim sendo, levando-se em consideração o reconhecimento da importância da amamentação para o pleno desenvolvimento da criança é evidente que este prazo deve ser estendido caso a mulher consiga continuar amamentando a criança por mais tempo. Neste sentido, veja-se a previsão do art. 8º, §1º, I da Resolução 252/2018 do CNJ:

I - garantir a convivência entre mães e filhos, respeitando-se o período de amamentação exclusiva, no mínimo, nos seis primeiros meses de vida da criança, sem prejuízo de complementação, caso necessário;

Infelizmente a previsão do prazo mínimo de 6 meses vem sendo utilizada, ao menos no âmbito do Estado de São Paulo, como prazo máximo de permanência da mãe com o filho no



cárcere. Isso como se verá no próximo tópico, é fruto de interpretação equivocada do que prevê o art. 83, §2º da LEP.

2.2.3. Convivência mãe/filho

O período de tempo que a mulher em situação de privação de liberdade pode ficar com seu filho varia de Estado para Estado da Federação. Conforme se nota no relatório Infopen Mulheres de 2017, o Rio de Janeiro se destaca pelo número de crianças com mais de 3 anos convivendo com suas genitoras que cumprem pena, ao passo que São Paulo é destaque por permitir que as mães permaneçam com os filhos apenas até os 6 meses de idade.

As Regras de Bangkok não estabelecem um limite máximo para a permanência de filhos com suas genitoras em situação de privação de liberdade. Neste sentido, veja-se a dicção das Regras nº 50 e nº 52:

Regra 50 Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 52 1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente. 2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares. 3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida.

Pelo que se nota da normativa mencionada a regra é que os filhos possam permanecer o máximo de tempo com suas genitoras, sendo que a separação só deve ocorrer com base no interesse da criança. De outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem norma no sentido de que todos os direitos aplicáveis às crianças também são aplicáveis aos filhos de presidiárias (Art. 5º do ECA), sendo vedada qualquer forma de discriminação, cabendo ao Estado garantir o direito à educação e à saúde desta criança.

Por sua vez, o art. 83, §2º da LEP prevê que toda penitenciária de mulheres deverá ter seção para gestante e parturiente, bem como creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos de idade, com a finalidade de assistir crianças cujas genitoras estão em situação de privação de liberdade. Há previsão de que esta seção deve ter atendimento por pessoal qualificado e horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e sua responsável (art. 89, parágrafo único, da LEP).

De seu turno, a Resolução 252/2018 do CNJ estatui que o tempo de convivência deve ser estabelecido a partir da análise do caso concreto. Veja-se a previsão do art. 8º, §1º, IV de mencionada resolução:

IV - estabelecer a duração do período de convivência a partir da análise do caso concreto pela vara com competência pela infância e juventude, não dependendo exclusivamente do aleitamento materno, com a participação das equipes interdisciplinares, observado o interesse superior da criança;



Há Resolução específica sobre o tema expedida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Trata-se da Resolução nº 04, de 15 de julho de 2009, que, em seu art. 2º, prevê a permanência mínima de um ano e seis meses das crianças com suas genitoras em situação de privação de liberdade, tendo em vista que a presença da mãe, neste período, é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que se relaciona à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que ficam comprometidos caso inexista uma relação que sustente essa fase inicial do desenvolvimento humano. Referida resolução ainda prevê um período de separação, que deve durar até 6 meses, devendo ser elaboradas etapas para a separação. O art. 6º prevê que deve ser garantida a possibilidade de crianças com até 7 anos permanecerem com suas genitoras na unidade prisional, desde que sejam unidades materno-infantis.

Como bem retratado por Varella^{xi}:

A separação dos filhos é um martírio à parte. Privado da liberdade, resta ao homem o consolo que a mãe de seus filhos cuidará deles. Poderão faltar recursos materiais, mas não serão abandonados. A mulher, ao contrário, sabe que é insubstituível e que a perda do convívio com as crianças, ainda que temporária, será irreparável, porque as ressentirão da ausência de cuidados maternos, serão maltratadas por familiares e estranhos, poderão enveredar pelo caminho das drogas e do crime, e ela não os verá crescer, a dor mais pungente.

Como já trabalhado neste excerto, o que se nota, ao menos na prática das prisões paulistas é o oposto do que está previsto na legislação. O prazo mínimo de 06 meses que se relaciona à amamentação é interpretado equivocadamente como prazo máximo de permanência da criança na unidade prisional, o que demonstra que não há qualquer perquirição acerca do superior interesse da criança. Ademais, é insuficiente, conforme Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti^{xii}:

O prazo mínimo é um direito da encarcerada, o qual poderá ser ou não exercido de acordo com sua vontade. Essa medida tem como objetivo equilibrar a previsão legal de manutenção dos laços entre mães e suas filhas e filhos, o direito legal à amamentação e o princípio do melhor interesse da criança. Conforme unanimidade das presas consultadas, o prazo mínimo de seis meses é insuficiente para a consolidação do vínculo entre mães e filhas. Ademais o prazo mínimo previsto em lei foi, na quase totalidade dos estabelecimentos visitados, fixado como prazo máximo.

Em matéria de direito penal deve vigorar a interpretação que menos restrinja o direito do cidadão encarcerado, dado que a restrição ao direito é a exceção no sistema. Assim sendo, a interpretação que mais se adequa à garantia dos direitos e garantias fundamentais da mulher em situação de privação de liberdade é aquele que permite o maior tempo de permanência da criança com sua genitora, desde que essa solução se adequa aos interesses da mãe e da criança, não havendo uma resposta unívoca à questão^{xiii}:

Logo, frente a esse dissenso e à pluralidade de contextos da mãe presa, não há como se generalizar a resposta do sistema de justiça diante dessa situação. Na dura decisão entre ficar com a criança no estabelecimento prisional ou separar-se dela no nascimento, tem de se levar em conta todo o contexto psicossocial e familiar dessa mãe, bem como sua vontade pessoal. Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do “combate ao crime” presente nos discursos e práticas do sistema de justiça. O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de



gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres. Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos.

Nota-se que o art. 89, parágrafo único, inciso II da LEP prevê que as penitenciárias femininas terão seção de creche para crianças de até 7 anos de idade. Assim sendo, deve prevalecer o entendimento de que a criança pode permanecer até essa idade com a genitora no estabelecimento prisional, sendo que o período mínimo de permanência deve ser de 1 ano e 6 meses, conforme o art. 2º da Resolução nº 04, de 15 de julho de 2009 do CNPCP.

3. Estratégias na defesa da convivência familiar de mulheres presas e seus filhos(as)

3.1. A Política Institucional Mães em Cárcere

No âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo criou-se a política de atendimento às mulheres em situação de privação de liberdade que estão gestantes ou são mães foi institucionalizada por meio da Deliberação nº 291, de 14 de fevereiro de 2014, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. O projeto foi idealizado através de um processo de construção coletiva entre a Defensoria Pública e diversas entidades da sociedade civil da defesa dos direitos das pessoas presas, como a Pastoral Carcerária.

Segundo Heloísa da Silva Valentim, Marianna Haug e Peter Gabriel Molinari Schweikert^{xiv}:

Pode-se, portanto, concluir que a Política Institucional “Mães em Cárcere”, na realidade, parte de uma importante premissa, que desmistifica o entendimento que, por vezes, circula no meio social: a falsa dicotomia entre os direitos da mulher presa e os direitos da criança. Enfatiza-se, na realidade, que os direitos da criança são interdependentes e interrelacionados com os direitos da mulher, de tal modo que a proteção integral, com prioridade absoluta, de que aquelas são destinatárias, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, será tão enfaticamente garantida na medida em que também o forem os direitos fundamentais de sua mãe, em que pese a circunstância da prisão.

Em seu art. 1º há a definição do público alvo da política, destacando-se que serão atendidas mulheres grávidas ou que tenham filhos com menos de 18 anos. Nota-se que a política instituída tem como objetivo atender a totalidade das mulheres em situação de privação de liberdade que se enquadram nos critérios ali estabelecidos, sem a necessidade de haver atuação direta da Defensoria Pública no processo criminal ou que tramita na Vara da Infância e da Juventude da pessoa presa. Importante salientar que atualmente a Defensoria Pública do Estado de São Paulo está instalada em 66 unidades espalhadas por 43 cidades^{xv}.

Nos demais artigos da Deliberação mencionada é possível constatar a importância da atuação multidisciplinar, havendo a previsão de atuação de Defensores Públicos com atuação nas áreas da infância e juventude, criminal, execução criminal e de família, bem como a necessidade de atuação do Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria Pública (CAM), de maneira a tentar trabalhar a problemática por seus mais diversos vieses.



No dia 06 de fevereiro de 2020, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo realizou audiência pública sobre a política institucional do Mães em Cárcere. O *Convive* e Núcleos Especializados (*da Infância e Juventude; de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres; e de Situação Carcerária*) são responsáveis por possibilitar a extensão do trabalho de atendimento a pessoas privadas de liberdade em locais que a Defensoria Pública ainda não possui alcance ou uma estrutura constituída, e também garantir assistência jurídica gratuita a sociedade civil. Até o momento, 3.176 mulheres em conflito com a lei foram atendidas pela política do Mães em Cárcere^{xvi}.

3.2. Teses Defensivas

A Defensoria Pública é instituição responsável constitucionalmente pela promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados (art. 134 da CF/88). Como se nota do Infopen mulheres, quase a totalidade das mulheres apreendidas são pobres, é dizer, são potenciais assistidas da Defensoria Pública.

Assim sendo, há a necessidade de atuação recorrente da Defensoria Pública na defesa dos interesses destas mulheres em situação de privação de liberdade e em prol dos seus filhos.

Trata-se de uma atuação que deve se pautar pela ideia de multidisciplinaridade, não apenas em relação a matérias do direito (Direitos da Criança e do Adolescente e Execução Penal), mas também entre diversas ciências, como psicologia e assistência social, dada a complexidade das questões envolvidas na maternidade e no cárcere.

Nota-se que essa multidisciplinaridade é uma das preocupações, ao menos no âmbito das normas nacionais, em relação ao tema da maternidade no cárcere. De fato, o art. 8º, §1º, VI da Resolução 252/2018 do CNJ estabelece como necessária a interlocução entre as varas com competência na área de família, da infância e juventude, criminal e de execução criminal nos casos de filhos cujos genitores estejam encarcerados.

Portanto, há a necessidade de se ampliar a discussão para se expor possíveis formas de atuação da Defensoria Pública na defesa de mães encarceradas.

3.2.1. Teses para atuação na infância

A Defensoria paulista tem desenvolvido teses institucionais^{xvii} na área da infância, de modo a defender a convivência familiar de mulheres presas e seus filhos. Nesse sentido, destacam-se as seguintes teses:

a) Tese 29 (II Encontro Estadual - 2008) - “É nula a sentença que julga antecipadamente ação de destituição do poder familiar na qual o réu é preso ou revel citado por edital”. Esta tese se volta a garantir a efetiva assistência jurídica da pessoa presa, que é citada por edital e tem a defesa realizada pela Defensoria Pública na qualidade de curadora especial. Nesses casos, a Defensoria poderá requerer a produção de provas e outras diligências, de modo que o juízo não poderá julgar antecipadamente o processo.



b) Tese 36 (II Encontro Estadual - 2008) - “A prova produzida no curso do procedimento verificatório/administrativo, sem observância do contraditório e ampla defesa, não se presta a fundamentar sentença de destituição do poder familiar”. Esta tese reforça a necessidade de um processo judicial com contraditório para que haja a destituição do poder familiar, algo imprescindível ao se considerar a situação de mulheres presas.

c) Tese 105 (VII Encontro Estadual - 2014) - “É viável a multiparentalidade na adoção, com a manutenção do vínculo registral anterior e, conseqüentemente, sem a destituição do poder familiar”. Esta tese visa a manutenção do vínculo familiar, quando não há motivos para a destituição. Em sua fundamentação, é citada a aplicação da tese em uma defesa em curadoria especial, em caso no qual a genitora ficou presa por 4 (quatro) anos, período em que criança foi desacolhida por um casal que a visitava na unidade de acolhimento, o qual pleiteou a adoção da menina. Após obter a liberdade, a genitora se reestruturou e passou a ser apta novamente a exercer a maternagem, mas a situação fática estava consolidada. A genitora passou a ter acompanhamento pelo Centro de Atendimento Multidisciplinar, tendo aceitado que o casal pleiteante à adoção pudesse ter o direito de visitar a criança.

Além das teses institucionais da Defensoria acima apontadas, vale destacar que a doutrina entende pela possibilidade de restituição ou restabelecimento do poder familiar, quando superadas as condições que ensejaram a destituição do poder familiar^{xviii}. Assim, uma criança poderia ter seus vínculos familiares naturais restabelecidas, como em muitos casos em que mulheres presas tem como justificativa para a destituição do poder familiar, um suposto abandono, o qual não deram causa.

3.2.2. Teses na área criminal e de execução penal

3.2.2.1. Prisão domiciliar

O período de privação de liberdade dessas mulheres que são mães impacta diretamente em seus filhos, havendo violações indevidas de direitos de ambos.

A prisão de uma mulher gera impactos maiores para os filhos do que a prisão de um homem. Isso decorre da estrutura da sociedade brasileira que ainda identifica a mulher como responsável por cuidar dos filhos e do lar.

Portanto, a regra deve ser que essas mulheres não fiquem encarceradas como forma de garantia do direito da criança e do adolescente.

No plano internacional há que se levar em consideração a previsão das Regras nº 2 e 64 das Regras de Bangkok:

Regra 2

(...)

2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.



Regra 64 Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

A normativa internacional estatui que a prisão deve ser a ultima ratio para mulheres que são mães, sendo cabível apenas em casos em que o crime cometido for grave ou violento e, ainda, em caso de necessidade pelo risco causado pela liberdade. Como já se esclareceu alhures, quase 70% das mulheres que atualmente cumprem pena no Brasil estão presas por crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, é dizer, com poucas exceções, não há justificativa para mães que cometeram crimes permanecerem encarceradas.

No âmbito nacional merece destaque toda a mudança legislativa trazida pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13257/2016). Se antes a prisão domiciliar era prevista para gestantes a partir do 7º mês gestacional, a lei trouxe à época a previsão de ser cabível a prisão domiciliar para toda gestante. bem como para mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Posteriormente, no bojo do HC 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos incompletos têm direito à prisão domiciliar, ou seja, não há necessidade de análise do caso concreto, basta a presa ser mãe ou estar grávida, excetuando-se os casos de mulheres que cometeram crimes com violência ou grave ameaça; que tenha praticado crime contra seus descendentes e, por fim, em situações excepcionalíssimas que deverão ser objeto de fundamentação pelo juiz que denegou o benefício.

Em 2018 houve nova alteração legislativa, trazida pela Lei 13769, que estabeleceu como requisitos legais para a prisão domiciliar o que antes havia sido trazido no bojo do HC 143.641/SP, estatuinto que a prisão domiciliar prevista no art. 318, IV e V do CPP deve ser deferida desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e nem tenha sido cometido contra o filho ou dependente.

Para mulheres em situação de prisão que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto há a previsão da prisão domiciliar quando se tratar de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou gestante (art. 117, III e IV da LEP). Entretanto, inobstante haja previsão legal de que a prisão domiciliar seria permitida apenas para aqueles que cumprem pena em regime aberto, há entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação para presos que estão atualmente em regime fechado e semiaberto.^{xix}

Como se nota, toda a normativa nacional sofreu alteração recente no sentido de que a mulher que está em situação de privação de liberdade seja e permaneça encarcerada apenas em último caso, é dizer, excepcionalmente.

No âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo há tese institucional aprovada no IX Encontro Estadual de Defensores Públicos no sentido de que as hipóteses do art. 318, IV e V do CPP devem ser aplicadas às mulheres que cumprem pena em respeito ao princípio da igual. Veja-se a Tese 127: “É cabível a aplicação do regime da prisão albergue domiciliar, mesmo nas



hipóteses de mulheres condenadas, nos termos do artigo 318, IV e V do CPP c/c art. 117, inc. III e IV, da LEP.”

Outro ponto que impede análise é o conceito de criança utilizado pelo legislador para a concessão da prisão domiciliar. Nos termos do art. 2º do ECA é criança a pessoa até doze anos de idade incompletos. Assim sendo, em tese, só teria direito à prisão domiciliar gestantes e mães de criança até os 12 anos de idade incompletos. Todavia, como a interpretação de toda normativa que garante direitos deve privilegiar o princípio pro homine, neste caso, deve prevalecer a previsão da Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU, que em seu Art. 1º prevê que se considera criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade.

Portanto, a prisão domiciliar deve ser aplicável a toda mulher em situação de privação de liberdade que possua filhos de até 18 anos de idade.

Ademais, a prisão, no caso de mães e gestantes viola o princípio da responsabilidade penal pessoal, estatuído no art. 5º, XLV da CF/88. Conforme esclarece Salo de Carvalho^{xx}:

(...) possível visualizar três dimensões restritivas do princípio constitucional da responsabilidade penal pessoal: (1ª) vedação de imposição de pena (ou de efeitos acessórios da sanção criminal) a terceiros alheios ao processo de realização do delito; (2ª) restrição da responsabilidade criminal ao autor da ação ou omissão típica; (c) negação de qualquer modalidade de responsabilidade penal objetiva (sine culpa) ou solidária.

De fato, o filho, que não tem qualquer responsabilidade pelos atos de sua genitora, acaba sendo penalizado, seja ficando aprisionado durante o período em que pode permanecer na unidade prisional, seja passando pela privação de contato com sua genitora durante o período em que ela permanece encarcerada.

Por fim, há que se defender, ainda, que deve se deferir prisão domiciliar à mulher gestante ou lactante quando inexistir vaga em estabelecimento penal adequado, conforme também defende a Tese 79 da Defensoria Pública, aprovada no IV Encontro Estadual de Defensores Públicos.

3.2.2.2. *Progressão Especial*

A Lei 13769/2018, já mencionada, também trouxe alteração na Lei de Execuções Penais e na Lei de Crimes Hediondos, trazendo a seguinte previsão em seu art. 112, §3º:

“§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

- I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
- III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
- IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
- V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.” (NR)”



Por se tratar de lei mais benéfica, evidente que retroage para se aplicar a todas as mulheres em situação de privação de liberdade que são mães ou genitoras de criança. Aqui, uma vez mais, deve se aplicar a interpretação do conceito de criança de maneira que mais amplia a proteção dos direitos humanos, é dizer, considerando-se que é criança toda pessoa com 18 anos incompletos, como já se argumentou no tópico acima.

Portanto, basta o cumprimento de $\frac{1}{8}$ da pena para a progressão de regime, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, nem tenha sido cometido contra o filho ou dependente. Há a necessidade de que a presa seja primária e possua bom comportamento carcerário, sendo que o mau comportamento carcerário impede a aplicação do benefício, motivo pelo qual o cometimento de novo crime ou de falta disciplinar implica na revogação do lapso reduzido para progressão de regime prisional.

Quanto a este tópico, a interpretação que mais privilegia os direitos da pessoa privada de liberdade é que reabilitada a conduta a presa faz jus novamente à progressão especial dado que, caso se tratasse de causa de revogação permanente deveria haver expressa previsão legal neste sentido.

Outro requisito trazido pelo legislador é de que a mulher em situação de privação de liberdade não tenha integrado organização criminosa. Aqui também deve prevalecer a interpretação restritiva, impedindo-se a aplicação do benefício apenas àquelas mulheres que tiveram condenação pelo crime de organização criminosa (art. 2º da Lei 12850/2013), vedando-se a interpretação extensiva para impedir a aplicação do benefício em relação a mulheres condenadas pelo crime de associação para o tráfico.^{xxi}

3.2.2.3. *Remição ficta*

O tempo em que a mulher permanece com o filho, impossibilitada de continuar remindo sua pena pelo trabalho ou pelo estudo, deve ser levado em consideração para fins de remição ficta. Neste ponto, deve ser aplicada lógica semelhante àquela utilizada para mulheres em liberdade que trabalham e possuem direito à licença-maternidade (art. 7º, XVIII da CF/88) e, sob pena de se violar o princípio da igualdade (art. 5º da CF/88).

Neste sentido, é preciso se dar interpretação ampliada ao art. 126, §4º da LEP, que prevê a possibilidade de remição ficta nos casos de acidente de trabalho.

Neste mesmo sentido, a Resolução 252/2018 do CNJ traz a seguinte previsão em seu art. 8º, §1º, IX: - conceder às presas lactantes licença da atividade laboral durante seis meses, devendo esse período ser considerado para fins de remição, assegurando-se o mesmo direito às gestantes que não puderem trabalhar por recomendação médica;

De outro turno, o art. 9º da Resolução nº 4/2009, do CNPCP, prevê: Art. 9.º Para as presas gestantes que estiverem trabalhando na unidade prisional deve ser garantido período de licença da atividade laboral durante seis meses devendo esse período ser considerado para fins de remição.

Neste sentido há tese institucional da Defensoria Pública, aprovada no IX Encontro Estadual de Defensores Públicos, a saber, a Tese 126: “É direito da sentenciada, nos termos dos



artigos 41, II, e 126, §1º e 4º da Lei de Execuções Penais, que o período em que a mulher presa estiver afastada do trabalho e/ou do estudo, em razão da gravidez e dos cuidados com a criança, como amamentação, seja reconhecido para fins de remição.”

Assim sendo, é dever do Estado informar ao juízo acerca da existência de mulheres em situação de privação de liberdade que trabalhavam e/ou estudavam antes de dar à luz para fins de serem beneficiadas com a remição ficta de sua pena.

4. Considerações Finais

Os desafios são inúmeros para a aplicação e implementação de toda a normativa existente acerca dos direitos das mulheres em situação de privação de liberdade e de seus filhos.

No que concerne ao encarceramento destas mulheres, nota-se que a prisão deveria ser aplicada apenas excepcionalmente, seja durante a fase processual, seja durante a fase do cumprimento da pena, sendo a liberdade a regra. Efetivamente, tanto o HC 143.641/SP, secundado pela Lei 13769/2018 criaram um microsistema de proteção da liberdade dessas mulheres e de seus dependentes que só pode ser suplantado em situações excepcionais, é dizer, em casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, em caso de crimes praticados contra os filhos ou dependentes e, por fim, de maneira excepcionalíssima desde que com fundamentação adequada. Todavia, o descompasso entre teoria e prática é descomunal.

Nota-se que, segundo dados já mencionados, aproximadamente 70% das mulheres estão encarceradas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. De outro lado, aproximadamente 80% das mulheres encarceradas são mães, tudo a demonstrar a persistência da situação de ilegalidade destas prisões. Em reiterados casos nota-se que a prisão é mantida com base em argumentos que fogem da necessária análise da subsunção do fato à norma^{xxii}, muitas vezes questionando a aptidão da mulher em situação de privação de liberdade de cuidar de sua prole, pelo fato de estar presa, argumentos que acabam se repetindo no juízo da infância e juventude. Em estudo de casos sobre o assunto, concluiu Carneiro^{xxiii}:

Nessa perspectiva, nota-se que toda a ótica do Judiciário está voltada para aplicar a destituição em detrimento do fortalecimento de um vínculo familiar marcado por vulnerabilidades. Há uma finalidade não declarada em destituir o poder familiar nesses casos, que consiste em inserir essas crianças em famílias dentro dos padrões morais e econômicos esperados.

(...)

Através da análise de julgados observamos que o Judiciário tem uma tendência a enxergar a mãe como alguém que, de fato, incorreu nas condutas ensejadoras da destituição familiar, ainda que se tenha cautela para preservar um olhar não tendencioso. Isso ocorre porque, ainda que os acórdãos façam menções às razões das genitoras e que todas elas desejem a permanência do vínculo familiar e, em geral, neguem as condutas em tese praticadas, há uma recorrente descrição sobre a negligência da mãe associada às drogas e à criminalidade.



Nesse sentido, como explanado, a Defensoria Pública tem traçado estratégias para sensibilizar o sistema de justiça para a temática, sendo órgão essencial nesse debate, vez que a maioria dos casos são invariavelmente acompanhados pela instituição.

Referências bibliográficas

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres. Brasília, 2014. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf> acessado em 30/09/2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres. Brasília, 2017. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf> acessado em 30/09/2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>

CARNEIRO, Livia Batista Sales. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DAS MÃES PRESAS POR TRÁFICO E USUÁRIAS DE DROGAS: UMA ANÁLISE SOBRE VIOLAÇÕES DE DIREITOS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, [S.l.], v. 2, n. 1, jul. 2020. ISSN 2674-9122. Disponível em: <ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/44>. Acesso em: 29 set. 2020.

CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Dados Estatísticos 2019. Convive - Mães em Cárcere. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOTdhNTNiZjgtYTQxOC00MDA5LTkxYjYtYjhlNmU1ZTMzM2E5IiwidCI6IjliMGJwMjdhLTI2NDAtNDM0YS05ZjYwLTM1MjRiMGJzYWU1YyJ9>

DE MARTINO, Isabela Rocha Laragnoit. MÃES LIVRES: POR UMA MATERNIDADE SEM GRADES. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, [S.l.], v. 2, n. 1, jul. 2020. ISSN 2674-9122. Disponível em: <ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/31>. Acesso em: 29 set. 2020.

GOULART JÚNIOR, Edward . MINGUETE GOULART, João Pedro. Restituição do poder familiar: considerações acerca de sua possibilidade jurídica. REVISTA DO DIREITO



PÚBLICO, Londrina, v. 14, n. 1, p. 83-102, abr. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n1 p. 83.

FÁVERO, Eunice Terezinha. *Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares*. São Paulo: Veras, 2001

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 20

MACIEL, Kátia Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos*, São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2013,

MENDES BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna (Coordenadoras de Pesquisa). *Dar à luz na sombra : condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) ; Ipea, 2015. 89p. : il. color. – (Série pensando o direito, 51)*

Peter Gabriel Molinari Schweikert (Org.); Eunice Teresinha Fávero (Org.); Carlos Renato Nakamura (Org.). *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Heloisa da Silva Valentim; Marianna Haug; Peter Gabriel Molinari Schweikert. *Mães em Cárcere: a destituição do poder familiar em virtude da prisão e a cultura de institucionalização de crianças e adolescentes*. São Paulo, v. 3 n.19 p.124-141, out 2018

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017

ⁱ Em Portugal, desde a Lei 61 de 31 de agosto de 2008 houve substituição da antiga expressão “poder paternal” para “responsabilidades parentais”. O enfoque deixa de ser no adulto (detentor do poder), passando a ser centrado na criança como sujeito de direitos.

ⁱⁱ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>

ⁱⁱⁱ MACIEL, Kátia Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos*, São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2013, p. 189.

^{iv} FÁVERO, Eunice Terezinha. *Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares*. São Paulo: Veras, 2001. p. 192.

^v FÁVERO, Eunice Terezinha. *Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares*. São Paulo: Veras, 2001. p. 79

^{vi} DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Dados Estatísticos 2019. Convive - Mães em Cárcere*. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojOTdhNTNlZjgtYTQxOC00MDA5LTkxYjYtYjhlNmU1ZTMzM2E5IiwidCI6IjliMGJwMjdhLTl2NDAtNDM0YS05ZjYwLTM1MjRiMGZlZWU1YyJ9>

^{vii} Nesse sentido ver: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada> .

^{viii} BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. Brasília, 2017. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf>

^{ix} BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. Brasília, 2014. Disponível em <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>



^x Op. cit. (nota 8 supra), p. 72.

^{xi} VARELLA, Drauzio. Prisioneiras. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 45

^{xii} MENDES BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna. Dar a luz na sombra : condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) ; Ipea, 2015. 89p. : il. color. – (Série pensando o direito, 51), p. 80

^{xiii} Op. cit. (nota supra), p. 78

^{xiv} Peter Gabriel Molinari Schweikert (Org.); Eunice Teresinha Fávero (Org.); Carlos Renato Nakamura (Org.). **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Heloisa da Silva Valentim; Marianna Haug; Peter Gabriel Molinari Schweikert. Mães em Cárcere: a destituição do poder familiar em virtude da prisão e a cultura de institucionalização de crianças e adolescentes. São Paulo, v. 3 n.19 p.124-141, out 2018. p. 125

^{xv} Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2868>

^{xvi} Disponível em <http://ittc.org.br/audiencia-publica-maes-em-carcere/>

^{xvii} Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=6242>

^{xviii} GOULART JÚNIOR, Edward . MINGUETE GOULART, João Pedro. Restituição do poder familiar: considerações acerca de sua possibilidade jurídica. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 14, n. 1, p. 83-102, abr. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n1 p. 83.

^{xix} Vide HC 431.775/SC, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26 de junho de 2018.

^{xx} CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 259

^{xxi} Vide o HC 562.452/SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares Fonseca, julgado em 06.04.2020

^{xxii} Como adverte Eros Grau: “O intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua *justiça*, porém, o *direito*. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao *direito*.” in GRAU, Eros Roberto. Porque tenho medo dos juizes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 20

^{xxiii} CARNEIRO, Livia Batista Sales. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DAS MÃES PRESAS POR TRÁFICO E USUÁRIAS DE DROGAS: UMA ANÁLISE SOBRE VIOLAÇÕES DE DIREITOS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, [S.l.], v. 2, n. 1, jul. 2020. ISSN 2674-9122. Disponível em: <https://ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/44>>. pp. 133/134

