



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR

GILMAR MENDES

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3446

O **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (adiante, tão somente, IBCCRIM)**, entidade de âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF sob o no. 68.969.302/0001-06, com sede estatutária na Rua Onze de Agosto, 52, Centro, São Paulo/SP, por meio de seus procuradores (*documentos anexos*), e o **NÚCLEO ESPECIALIZADO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE (adiante, tão somente, NEIJ)**, órgão da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com sede à Rua Boa Vista, n.º 103, 5º andar, Centro, São Paulo/SP, neste ato representado por seu Coordenador Auxiliar, vêm respeitosamente perante V. Exa., com fundamento no artigo 6º, §2º da Lei 9.882/99; no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99; no artigo 138 do Novo Código de Processo Civil e no artigo 169 e seguintes do Regimento Interno deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, requerer seu ingresso na qualidade de **AMICI CURIAE** na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3446, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL), a qual tem como objetivo, em resumo, que se declare a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, apresentando desde já seu **PARECER**, a fim de contribuir à solução da controvérsia.

I. REQUISITOS PARA INTERVENÇÃO COMO *AMICUS CURIAE*

O novo código de Processo Civil, entendendo a necessidade de aproximar o contato entre a sociedade e o Judiciário, implementou novo sistema de participação processual do *amicus curiae* em seu capítulo V, art. 138. Assim, passou a conceituar como tal aquele capaz de fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade.

Esta forma de intervenção, geralmente admitida no processo até sua inclusão em pauta, reveste-se de especial importância nos dias atuais, principalmente quando a questão a ser resolvida envolve direitos fundamentais de cidadãos vulneráveis. Neste sentido, há precedentes desta Corte em que, em casos semelhantes, deferiu-se a admissão e apresentação de parecer de *Amicus Curiae*, após a determinação de dia para julgamento (cf. RE 635.659, j. 26/02/2016 e ADI 4395, j. 08/09/2015, ambos de Vossa Relatoria).

Isso ocorre, notadamente, quando o órgão que pretende a intervenção é dotado de especial aptidão para contribuir de maneira efetiva para a análise do tema em questão, o que será efetivamente aprofundado nas páginas que seguem.

Como cediço, o art. 7º, a Lei 9.868/99 traz os seguintes requisitos para tal modalidade de intervenção: (1) relevância da matéria, (2) a representatividade e a capacidade dos postulantes e (3) pertinência temática. Todos presentes no caso dos autos.

Dessa forma, como será demonstrado, a admissão do IBCCRIM e do NEIJ, além de preencher em plenitude os requisitos legais, também encontra amparo diante da absoluta relevância da participação dos petionários, entidades que se

ocupam das questões ora discutidas, e que podem contribuir sobremaneira ao deslinde da presente demanda.

1.1. Relevância da matéria

Em síntese, a questão colocada em análise a essa Corte diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação que estabelece os direitos da população infanto-juvenil no país.

As normas questionadas são de absoluta importância e constituem algumas das mais essenciais garantias estabelecidas pelo ECA. A partir delas foi possível a superação, em termos legais, da chamada doutrina da situação irregular, rumo à atual e mais acertada **doutrina da proteção integral**.

A declaração de inconstitucionalidade de qualquer das previsões questionadas põe em risco a evolução do direito brasileiro da infância e juventude e sua absoluta sintonia com as normas constitucionais e de tratados internacionais que dispõem sobre a matéria, configurando perigoso retrocesso e trazendo gravíssimo prejuízo a esta parte da população, uma das mais frágeis e vulneráveis do país.

1.2. Representatividade e capacidade dos postulantes

Como se sabe, a função do *amicus curiae* é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhes ao conhecimento.¹ Para tanto, expomos a experiência institucional do Instituto

¹ BINEMBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155, nota 295.



Brasileiro de Ciências Criminais.

O IBCCRIM é entidade nacional fundada em 14 de outubro de 1992, que congrega Advogados, Magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, policiais, juristas, professores universitários, pesquisadores, estudantes e outros profissionais dedicados ao debate sobre Ciências Criminais e, especialmente, à defesa dos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito.

Com aproximadamente 4.000 associados em todo o território nacional, o Instituto desenvolveu, desde sua fundação, inúmeras atividades que permitiram o acúmulo de conhecimento e a sistematização de dados e informações relevantes sobre o funcionamento do sistema de justiça no Brasil, como seminários internacionais e mais de 150 (cento e cinquenta) cursos, entre pós-graduações *lato sensu* em criminologia e direito penal econômico, além da publicação de livros e revistas veiculando artigos científicos e boletim mensal com artigos e jurisprudência de referência para atividades profissionais e acadêmicas ligadas às Ciências Criminais. Dentre tais atividades, destaca-se a atuação como *amicus curiae* em diversas ações de destacável importância para a democratização da justiça e discussão sobre a situação alarmante do sistema penitenciário e socioeducativo nacional.

Apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o IBCCRIM já atuou como *amicus curiae* na ADI 4.768 (concepção cênica em salas de audiência criminal), ADI 4911 (indiciamento na lei de lavagem de capitais), ADPF n.º 187 (violações às liberdades de expressão e reunião), RE n.º 591.563-8 (reincidência), RE n.º

A respeito, LUIS ROBERTO BARROSO lembra se tratar de figura muito usual, no Direito Constitucional dos Estados Unidos da América (O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 142, nota 93).

628.658 (indulto em caso de aplicação de medida de segurança), RE n.º 635.659 (incriminação do porte de drogas para uso pessoal), no recente julgamento do HC 143.641 (prisão domiciliar para gestantes e mães com filhos até 12 anos), julgamento do HC 143.988 (superlotação em unidade de internação socioeducativa), além de ter participado com destaque no caso CIDH n.º 12.651 perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre tantos outros.

Ademais, o Instituto trabalha em conjunto com instituições brasileiras e estrangeiras para intercâmbio técnico, científico e cultural, com o escopo de expandir quantitativa e qualitativamente atividades e ensino, pesquisa e extensão no âmbito das Ciências Criminais.

Além da produção e difusão de conhecimento, o IBCCRIM é polo de referência em pesquisas, vez que possui biblioteca com mais de 40.000 itens cadastrados e videoteca com cerca de 2.200 DVDs, que contribuem para seu protagonismo na apresentação de ideias, teses e propostas político-criminais e acadêmicas de aprimoramento do sistema penal e socioeducativo brasileiro.

Assim, o IBCCRIM, de forma inquestionável, tem plena capacidade para figurar como *amicus curiae*, de maneira a ampliar e concretizar o debate.

Em relação à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, representada pelo seu Núcleo Especializado de Infância e Juventude, é importante atentar para o que dispõe o artigo 134 da Constituição da República:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 80, de 2014) (grifo nosso).

No mesmo sentido, segundo a Lei Complementar Federal n.º 80/1994:

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

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

(...)

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

(....)

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

(...)

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

Além disso, não há dúvidas de que a decisão a ser proferida por este Supremo Tribunal Federal irá atingir principalmente as crianças e adolescentes mais pobres e vulneráveis: tanto em relação às crianças e adolescente em situação de rua ou demais formas de vulnerabilidade social, quanto aqueles que são processados e julgados em razão da prática de ato infracional. Ainda, tratando-se de infantes que, em sua imensa maioria, possuem situação financeira precária, acabam por serem defendidos e representados pela Defensoria Pública, seja nos processos referentes à responsabilidade infracional, seja nos referentes à tutela cível de seus direitos.

Neste sentido, segundo dados do levantamento anual do SINASE, em 2016, 26.450 adolescentes estavam cumprindo medidas de privação de

liberdade, sendo que desses, 9.572 encontram-se em São Paulo² - e a gigantesca maioria deles, como mencionado, são defendidos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Portanto, sobressai de forma cristalina a relevância e representatividade da participação da Defensoria Pública, especialmente a do Estado de São Paulo, em razão da vulnerabilidade e condição socioeconômica dos potenciais atingidos pela decisão e pelo fato de que grande parte das crianças e adolescentes que sofrerão as consequências do julgamento se encontram no Estado de São Paulo, onde há imenso contingente populacional e prisional, nesse caso, especialmente de adolescentes.

1.3. Pertinência temática

Com relação à pertinência temática, verifica-se estrita correlação entre o objeto da ADI e os interesses e atribuições dos postulantes.

Consta do estatuto³ do IBCCRIM as seguintes finalidades, em rol não exaustivo:

- I. **Defender o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais** que estruturam a Constituição Federal;
- II. Defender os princípios e a efetiva concretização do Estado Democrático e Social de Direito;
- III. Defender os direitos das minorias e dos excluídos sociais, para **permitir a todos os cidadãos o acesso pleno às garantias do Direito Penal e do Direito Processual Penal** de forma a conter o sistema punitivo dentro dos seus limites constitucionais;(…)

2 Ver, a esse respeito: <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>. Acesso em 06 fev. 2019.

3 Art. 4o do Estatuto do IBCCRIM – cf. documento anexo

- V. Estimular o debate público entre os variados atores, jurídicos e não jurídicos, da sociedade civil e do Estado sobre os problemas da violência e da criminalidade, e das intervenções públicas necessárias à garantia da segurança dos cidadãos no exercício de seus direitos fundamentais;
- VI. Contribuir, com uma visão interdisciplinar, para a produção e a difusão de conhecimento teórico e empírico, especialmente a respeito dos temas da violência e da criminalidade, e das estratégias voltadas à prevenção e à contenção desses problemas.

O tema ora debatido é central e se encontra em total acordo com os objetivos priorizados pelo IBCCRIM, pois poderá restringir direitos à população infanto-juvenil. Assim, resta demonstrada a pertinência temática, razão pela se revela manifestamente cabível sua admissão no presente feito na qualidade de *amicus curiae*.

No mesmo sentido, como já mencionado, a Defensoria Pública, conforme estabelece o artigo 134 da Constituição da República, “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”, tendo como atribuição “**exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente**”, nos termos do art. 4º, inciso XI, da Lei Complementar Federal n.º 80/1994.

Ademais, os Núcleos Especializados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo têm dentre suas atribuições, definidas no artigo 53, da Lei Estadual Complementar n.º 988 de 2006, adiante:

Artigo 53 - Compete aos Núcleos Especializados, dentre outras atribuições:
(...)

II - **propor medidas judiciais** e extrajudiciais, para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e **acompanhá-las**, agindo isolada ou conjuntamente com os Defensores Públicos, sem prejuízo da atuação do Defensor Natural;

Ou seja, o NEIJ possui legítimo interesse e representatividade para atuar como amigo da corte, intimamente relacionados à sua identidade funcional. Ademais, as atribuições conferidas a este órgão guardam pertinência temática à ação em debate e por isso deve também ser admitido como *amicus curiae*.

II. SÍNTESE DOS ARGUMENTOS DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3446.

No dia 29 de março de 2005, o Partido Social Liberal (PSL) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de 6 (seis) dispositivos normatizados na Lei Federal n.º 8.069 de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Após a apresentação de brevíssimo histórico da referida legislação infraconstitucional, os autores passam a descrever as supostas inconstitucionalidades do Estatuto. Assim: **(i)** o direito à liberdade, normatizado no art. 16, I, do ECA, estaria em desacordo com a legislação constitucional em razão de ser, em tese, incompatível com a doutrina da proteção integral; **(ii)** sustentam que a tipificação de crime constante no art. 230, do ECA, seria inconstitucional, por estar, também, em desacordo com a legislação constitucional que teria recebido a doutrina da proteção integral; **(iii)** informam que há violação frontal ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5º, XXXV, CR), considerando que as medidas protetivas seriam aplicadas pelo Conselho Tutelar e, ainda, que em razão da Constituição da República, em seu artigo 227, não ter feito diferenciação entre crianças e adolescentes, o artigo 105

do Estatuto seria flagrantemente inconstitucional, em razão de prever medidas diferenciadas às duas populações; e, por fim, (iv) os peticionários alegam violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito em relação à expressão “reiteração”, contida no inciso II do art. 122, bem como todo o disposto no inciso III do mesmo artigo.

Adiante, passamos ao exame dos fundamentos acima elencados, apresentando razões pelas quais não parecem prosperar tais alegações.

III. DIREITO À LIBERDADE. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE. PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO INTEGRAL. SISTEMA DE PROTEÇÃO.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

O legislador, ao estabelecer o direito à liberdade no Estatuto da Criança e Adolescente, promulgado em julho de 1990, referiu-se, genericamente, às liberdades. Isso significa dizer que a liberdade abrange diversos aspectos, dentre eles, o que os próprios incisos do artigo explicitam: direito de ir, vir e estar nos logradouros público e espaços comunitários, direito à opinião e expressão, à crença e culto religioso, a brincar, praticar esportes e divertir-se, participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação, bem como participar da vida política na forma da lei e buscar refúgio, auxílio e orientação. Entende-se, ademais, que esse rol é apenas exemplificativo e não se esgota, podendo existir

outras formas de expressão do direito à liberdade.

Falar em inconstitucionalidade do direito à liberdade da criança e do adolescente parece uma forma de ignorar algumas das garantias essenciais que lhes foram concedidas após mais de 60 (sessenta) anos de violação de direitos – tendo como referência a publicação do primeiro Código de Menores (Decreto n.º 17.943-A, de 12/10/1927) e do ECA.

O inciso I, apontado como inconstitucional pelo PSL é, na realidade, plenamente compatível com a Doutrina da Proteção Integral, garantida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Isso porque não existe uma autodeterminação das crianças e dos adolescentes em relação ao direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos, uma vez que a própria legislação ressalva as restrições legais para a prática desse direito.

A respeito disso, é importante notar o que o Prof. Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco menciona a esse respeito:

[...] a criança deve gozar a possibilidade de ir, vir e estar (liberdade de locomoção) onde possa desenvolver sua personalidade com vistas à sua plena conformação e de acordo com seu interesse superior [...] Todavia, sofre restrições nessa liberdade justamente em função desse mesmo interesse superior flexionado para o pleno desenvolvimento de suas características humanas. Trata-se, assim, de uma liberdade que se autocontém ou que é autocontida pelos princípios e pelas finalidades desse direito.⁴

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

4 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A proteção da criança no cenário internacional. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 1., p. 194.

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 ardilosa 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**.

Nesses termos, o próprio Estatuto traz uma série de medidas de proteção (Título II, Capítulo II), que devem ser aplicadas pelo Estado quando constatada sua necessidade.

É sabido que existe uma dificuldade prática diante desse quadro, mas que em hipótese alguma invalida a normativa. O que se faz necessário, então, é a **formação e o fortalecimento da estrutura de redes de proteção para cuidar das crianças e adolescentes** que estão na rua, que fazem uso problemático de drogas ou que, de qualquer outra forma, se encontram em situação de risco, para integrá-las de maneira saudável às suas famílias e à própria sociedade.

Direitos não devem ser restringidos quando não plenamente satisfeitos por ausência de eficácia estatal. É o oposto que deve ocorrer.

Se constatadas falhas na rede de atendimento, o poder público municipal - por meio dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) - deve ser responsabilizado pela (não) formulação de políticas públicas, vez que apenas o recolhimento dessa população não será eficaz para solucionar quaisquer dos problemas mencionados.

A respeito disso, o próprio Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) publicou duas resoluções que tratam das diretrizes metodológicas para o atendimento das crianças e dos adolescentes em situação de rua, em parceria com o Conselho Nacional de Assistência Social⁵.

Fica claro, portanto, que, ao contrário do alegado pelos autores, o Estatuto da Criança e do Adolescente não traz qualquer óbice ou barreira à adequada atuação estatal para os casos em que se verifique a necessidade de intervenção em relação a crianças e adolescentes em situação de necessidade. Tampouco concede a crianças ou adolescentes uma liberdade irrestrita e que lhes seja prejudicial.

A importância do Estatuto consiste justamente em normatizar e regulamentar as intervenções que serão desenvolvidas nos casos de crianças e adolescentes em situação de violação de seus direitos, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, seja por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, ou, ainda, seja em razão de **sua própria conduta** (art. 98).

Presente qualquer uma destas hipóteses, o Estatuto disciplina, de maneira coerente, racional e em plena consonância com a Constituição da República e normas internacionais aplicáveis, quais serão as medidas aplicáveis, inclusive a

5 Ver a esse respeito: Resolução CONANDA n. 187: <<https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/resolucao-no-187-de-23-de-maio-de-2017>> e CNAS-CONANDA n. 1 <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1350.html>>. Acesso em 31 jan 2019.

punição dos pais ou responsáveis, o acolhimento institucional, a matrícula escolar obrigatória, a requisição de tratamento médico ou psicológico, dentre outras.

A aplicação de medidas puramente repressivas, por outro lado, conforme sustentado pelos autores, constituiria medida de caráter higienista, configurando espécie de “higienização social”, resultando na perseguição e criminalização de crianças e adolescentes notadamente carentes, sem, de qualquer modo, garantir a proteção e promoção de seus direitos. Não se pode ignorar que a tutela dos direitos de crianças e adolescentes é objetivo primordial não só do Estatuto, mas da própria Constituição da República (artigo 227, *caput*), quando da recepção da Doutrina da Proteção Integral.

IV. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DE CRIME ÀQUELE QUE CONSTRANGE ILEGALMENTE A LIBERDADE DE CRIANÇA E ADOLESCENTE. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL.

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

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

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

De acordo com a narrativa apresentada na inicial da presente ADI, os autores sustentam que não existiria possibilidade de tipificar crime àquele que privar criança e adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade

judiciária competente.

Ocorre que, ao contrário do suscitado pelos autores, o legislador, ao tipificar tal ato como crime especial, previsto no próprio ECA, quis tutelar a liberdade física das crianças e dos adolescentes, considerando que a própria norma constitucional garante que é dever da família, da sociedade e do próprio Estado colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ora, se no dispositivo constitucional existe norma que expressamente protege as crianças e os adolescentes (art. 227, *caput*, CR), a norma infraconstitucional veio apenas para tipificar o abuso no caso de apreensão dessa população.

Ao contrário do que parecem querer os autores da presente ação, a norma penal específica tutela o direito à liberdade da criança e do adolescente, que não podem ser privados de suas liberdades, exceto nas hipóteses legais descritas na própria legislação. Vale ressaltar que houve erro formal na redação do artigo de lei, já que crianças, diferentemente de adolescentes, não podem ser privadas de sua liberdade.

Ademais, o parágrafo único do dispositivo explica que a autoridade competente, ao não cumprir as formalidades legais, fica sujeita às penas do *caput* do artigo. A omissão, ao deixar de cumprir as formalidades exigidas pela norma, gera a consequência de responsabilização daquele agente (Estado) responsável por cuidar e proteger as crianças e os adolescentes.

Trata-se, portanto, de norma penal plenamente coerente com a Constituição da República, já que tutela bem jurídico de relevância extrema, sendo razoável e compatível com o texto constitucional que haja tipificação penal da conduta, ressaltando-se, mais uma vez, que o direito à liberdade das crianças

e adolescentes está expressamente positivado no artigo 227 da Constituição.

Portanto, inviável sustentar a suposta consonância entre a Doutrina da Proteção Integral e recolhimento de criança ou adolescente fora das previsões legais, conforme os autores querem fazer crer. Pelo contrário, isso afrontaria o direito da criança e do adolescente de ter sua liberdade restringida somente nas hipóteses legais, permitindo, na prática, uma série de violações por parte do poder público por meio da repressão estatal.

V. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DE CRIANÇAS COM ADOLESCENTES. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. RESPONSABILIZAÇÃO DIFERENCIADA. MEDIDAS PROTETIVAS. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL.

Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

No presente ponto, os autores sustentam a inconstitucionalidade de se responsabilizar, de formas diferentes, crianças e adolescentes, considerando que a Constituição da República não faz essa distinção expressa.

É bem verdade que a normativa constitucional não faz expressa diferenciação entre criança e adolescente. Contudo, o próprio *caput* do art. 227 refere que existem três populações geracionais diferentes: crianças, adolescentes e jovens. Isso porque eleva ao status de norma constitucional o “respeito à condição peculiar de desenvolvimento” (CR, art. 227, § 1º, inciso V).

Ou seja, a análise sistêmica da Constituição permite verificar a diferenciação de três gerações entre os mais jovens.

Dessa forma, é **parâmetro constitucional que se trate de diferentes maneiras pessoas com idades distintas**. Exemplo disso é o fato de que a própria Constituição, em outros dispositivos, reconhece a necessidade de um tratamento específico para idades diversas: inimizabilidade penal aos dezoito anos (art. 228), proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, XXXIII), alistamento eleitoral e voto obrigatórios a partir dos dezoito anos (art. 14, § 1º, I) e facultativo aos maiores de dezesseis (art. 14, § 1º, II, c). Logo, longe de inconstitucional, é verdadeiro corolário da norma constitucional que o legislador preveja intervenções diferentes para idades diversas.

Além disso, vale ressaltar que não é só o Brasil que faz essa distinção. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁶, publicada em 1989 pela Organização das Nações Unidas, foi o primeiro documento internacional, com força vinculativa aos países signatários, que trouxe uma definição, para o direito internacional, do conceito de criança. Segundo o documento: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade [...]” (Art. 1º, Decreto-Lei n.º 99.710 de 1990).

É importante que se mencione que essa Convenção teve o maior e mais rápido número de adesões pelos Estados-parte: em 2014, 193 (cento e noventa e três) Estados o haviam assinado. É documento referência na área, muito em

⁶ A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente foi recebida no ordenamento pátrio brasileiro por meio do Decreto n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990. Ver a íntegra da legislação em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 01 fev. 2019.

razão de acolher a concepção do desenvolvimento integral da criança (aquela até 18 anos), reconhecendo-a, portanto, como verdadeiro sujeito de direitos, que exige proteção especial e absoluta prioridade.

A Convenção dos Direitos da Criança tem um escopo extraordinariamente abrangente. Abarca todas as áreas tradicionalmente definidas como direitos humanos: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Enfatiza, portanto, a indivisibilidade, a implementação recíproca e a igual importância de todos os direitos. (STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford Press, 2000).

Dessa forma, é importante atentarmos para o argumento dos autores da ADI. Em síntese, sustentam que, por não haver diferença entre criança e adolescente na Constituição, o art. 105 do ECA, ao aplicar medidas diferenciadas (medidas protetivas) às crianças, estaria em desacordo com a Constituição pátria.

Contudo, apesar do exaustivo questionamento levantado contra este argumento, é importante considerar, a partir do direito comparado, como isso acontece em outros países. Para facilitar a compreensão de Vs. Exas., apresenta-se um quadro resumo, com informações retiradas do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a respeito da diferenciação de tratamento:

País	Início da responsabilidade por ato infracional praticado	Idade de responsabilização penal
Alemanha	14 anos	18 e 21 anos ⁷
Argentina	16 anos	18 anos
Argélia	13 anos	18 anos

⁷ Nesse caso, o Sistema Legislativo alemão optou por, a depender do caso dos 18 aos 21 poderá ser aplicado a legislação referente ao sistema de justiça juvenil.

Áustria	14 anos	19 anos
Bélgica	16 ou 18 anos ⁸	18 anos
Brasil	12 anos	18 anos
Colômbia	14 anos	18 anos
Chile	14 ou 16 anos ⁹	18 anos
Dinamarca	15 anos	18 anos
Espanha	12 anos	18 ou 21 anos ¹⁰
Finlândia	15 anos	18 anos
França	13 anos	18 anos
Grécia	13 anos	18 ou 21 anos ¹¹
Holanda	12 anos	18 anos
Hungria	14 anos	18 anos
Irlanda	12 anos	18 anos
Itália	14 anos	18 ou 21 anos ¹²
Japão	14 anos	21 anos
Noruega	15 anos	18 anos
Panamá	14 anos	18 anos
Paraguai	14 anos	18 anos

8 No caso da Bélgica, é importante salientar que antes dos 16 anos, nenhum tipo de crime será julgado pelo sistema penal. A partir dos 16 anos existe a possibilidade, em crimes específicos, o adolescente poderá ter sua presunção de irresponsabilidade revista, como nos delitos de trânsito, por exemplo, já que naquele país, a partir dos 16 anos o adolescente pode dirigir e, portanto, seria responsável pelos atos daí decorrentes.

9 No Chile, nenhum adolescente antes dos 16 anos assume responsabilidade por atos cometidos perante a Corte Penal. No caso do cometimento de infrações a partir dos 14 anos, a questão será resolvida na Corte de Família.

10 Assim como no caso da Alemanha, existe um sistema de jovens adultos entre os 18 e 21 anos de idade.

11 Assim como no caso da Espanha e da Alemanha, a Grécia possui um sistema especial para jovens adultos entre 18 e 21 anos.

12 Assim como no caso da Espanha, da Alemanha e da Grécia, a Itália conta com um sistema especial para jovens adultos entre 18 e 21 anos.

Venezuela	12 ou 14 anos ¹³	18 anos
-----------	-----------------------------	---------

De fato, observa-se a partir dos exemplos citados que o Brasil é um dos poucos países que começa a responsabilizar adolescentes a partir dos 12 anos de idade, com medidas socioeducativas, inclusive de internação com privação de liberdade.

O legislador, ao prever as medidas protetivas dispostas no art. 101, I a VI, do ECA, o fez para proteger a criança e o adolescente por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; e, em razão de sua conduta, conforme explicita o art. 98 do regimento estatutário. Entende-se por medidas protetivas, portanto, ações ou programas de caráter assistencial que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, quando a criança ou adolescente estiver nas hipóteses contidas no referido art. 98.

É de se ressaltar, após a defesa que os autores fazem à velha doutrina menorista, o fato de que medidas protetivas também estavam presentes nos Códigos de Menores de 1927 e 1979. Ocorre que o ECA surgiu após a Constituição da República, que recebeu em seu bojo a **Doutrina da Proteção Integral**. Diferentemente do que ocorria então, o rol das medidas de proteção foi ampliado, já que agora as crianças e os adolescentes são considerados sujeitos de direitos e, além disso, criou-se um ente específico competente para aplicação de algumas dessas medidas. Essas ações de proteção nada mais são do que uma maneira de evitar ou afastar perigo ou lesão aos direitos dessa população.

O critério escolhido pelo legislador, em consonância ao que é expresso no

¹³ No caso da Venezuela, existe diferenciação em relação às faixas etárias de 12 a 14 anos e de 14 a 18 anos. No primeiro caso, a privação de liberdade como medida extrema não poderá ultrapassar um tempo determinado de 2 anos.

âmbito internacional, é de cunho estritamente biológico: o marco etário de responsabilização infracional aos 12 (doze) anos de idade. Portanto, entende-se que é vedada em absoluto a aplicação de medida socioeducativa à criança.

Outro ponto questionado pelos autores da presente ação é o fato de que haveria violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República, vez que o Poder Judiciário estaria obstado de apreciar lesão ou ameaça de direito no caso de ato infracional praticado por criança. Isso não é verdade. **O legislador previu, para tanto, a criação de órgão especial (Conselho Tutelar)** para o cuidado e a aplicação de medidas protetivas.

Além disso, segundo o próprio ECA, o Poder Judiciário é o responsável por rever, se for o caso, as medidas adotadas (ou a omissão) do Conselho Tutelar, nos termos do art. 137 do Estatuto. Ademais, vale ressaltar que não são todas as medidas que podem ser aplicadas por este órgão especial. Em verdade, algumas são de **aplicação exclusiva do Poder Judiciário**: acolhimento institucional (art. 101, VII, ECA, salvo na hipótese de acolhimento emergencial); inclusão em programa de acolhimento familiar (art. 101, VIII, ECA) e colocação em família substituta (art. 101, IX, ECA).

Portanto, qualquer legitimado pode perfeitamente pleitear a aplicação de medida protetiva ou impugnar medida adotada pelo Conselho Tutelar perante o Poder Judiciário, não havendo que se falar em violação à inafastabilidade do controle judicial.

Ademais, o Conselho Tutelar constitui mecanismo que amplia a participação popular e democrática nas questões afetas à infância e juventude. É composto por representantes do povo, democraticamente eleitos, com vistas a garantir os direitos das crianças e adolescentes, tudo em perfeita consonância, portanto, com a

Constituição da República (art. 1º, *caput*, inciso II e seu parágrafo único e art. 3º).

Além disso, é totalmente descabido, na visão destes peticionários, o fato de os autores chamarem, de maneira pejorativa e desvinculada da realidade, as instituições de acolhimento de “*casas de mãe Joana*”, em virtude da seriedade com que o trabalho é realizado por esses órgãos.

Assim, conclui-se serem plenamente constitucionais e em consonância com os tratados internacionais e com a Doutrina da Proteção Integral as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação às medidas passíveis de aplicação à criança em situação de violação ou ameaça a seus direitos.

VI. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. NÃO CABIMENTO. CONCRETUDE DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Por fim, os autores alegam violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito quanto à expressão “reiteração”, contida no inciso II do art. 122, do ECA, bem como em relação a todo o disposto no inciso III do mesmo artigo.

No entanto, tal norma, muito ao contrário do alegado, apenas dá concretude às disposições constitucionais e convencionais que regem a matéria.

Nesses termos, o art. 227, da Constituição da República, determina a observância e respeito obrigatórios à condição vulnerável das crianças e adolescentes:

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

(...)

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

(...)

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

É, portanto, determinação constitucional que o legislador, em abstrato, e o julgador, em concreto, obedeçam aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em relação à aplicação de medida privativa de liberdade.

No mesmo sentido, a já mencionada Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU), de 1989, dispõe que:

Artigo 37

Os Estados Partes zelarão para que:

(...)

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o **mais breve período** de tempo que for apropriado;

As Regras de Beijing ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985, ao regular sobre o tratamento devido a jovens que cometam infrações ou aos quais se impute o cometimento de uma infração prevê que a institucionalização deve ser **evitada ao máximo** e, quando aplicada, perdurar pelo **menor lapso possível**:

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

a) a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade;

b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se **reduzirão ao mínimo possível**;

c) não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;

(...)

18.1 Uma ampla variedade de medidas deve estar à disposição da autoridade competente, permitindo a flexibilidade e **evitando ao máximo a institucionalização**.

(...)

9. Caráter excepcional da institucionalização

19.1 A internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo **mais breve período possível**.

Assim, a referida norma (art. 122, ECA) disciplina a disposição constitucional, **em plena consonância com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil**. Ou seja, harmonicamente dispõe que a aplicação de medida de internação é sempre excepcional, só podendo ocorrer em hipóteses restritas, breves e sempre como *ultima ratio*.

Da mesma forma, não há que se falar em violação à proporcionalidade, eis que, ao revés, o estabelecimento de critérios específicos para adolescentes é consequência lógica da proteção especial garantida constitucionalmente. Ainda,

está em perfeita conformidade com a obrigação constitucional de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento inerente aos infantes.

Assim, a norma estatutária apenas estabelece, em abstrato, as balizas normativas condizentes com a Constituição da República e com os tratados internacionais referentes à matéria, cabendo ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, aplicar a medida mais adequada e proporcional ao caso, desde que respeitadas tais normas.

Por todo o exposto, os peticionários, que esperam ser recebidos como Amigos da Corte, concluem pela ausência de qualquer inconstitucionalidade a ser declarada nas normas questionadas na ADI, estando satisfeitos os direitos constitucionais previstos às crianças e adolescentes, devendo o Estado garantir sua máxima efetivação. Despedem-se cordialmente, esperando ter contribuído com a discussão de temas tão relevantes.

VII. REQUERIMENTO

Por todo o exposto, o IBCCRIM e o NEIJ **requerem**:

- a) a admissão, na qualidade de *amici curiae*, nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3446, nos termos do art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99, para exercerem todas as faculdades inerentes à função, desde já, apresentando seu Parecer;
- b) sejam os postulantes intimados de todos os atos do processo;

c) seja assegurada aos postulantes a possibilidade de sustentação oral de seus argumentos em Plenário por ocasião da apreciação de mérito da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade;

Subsidiariamente, na remota hipótese de indeferimento dos pedidos acima formulados, requerem seja a presente petição recebida e mantida nos autos como Memoriais de Julgamento.

Termos em que pedem deferimento.

De São Paulo/SP para Brasília/DF, 12 de fevereiro de 2019.



Daniel Palotti Secco

Defensor Público do Estado de São Paulo
Coordenador-Auxiliar do Núcleo da Infância
e Juventude – NEIJ/DP-SP



Mariana Chies Santiago Santos

OAB/SP n.º 415.550
Coordenadora-Chefe do Depto. de Infância
e Juventude – IBCCRIM



Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter

OAB/PR n.º 40.855
Coordenador-Chefe do Depto. de
Amicus Curiae – IBCCRIM



Débora Nachmanowicz de Lima

OAB/SP n.º 389.553
Coordenadora-Adjunta do Depto. de
Amicus Curiae – IBCCRIM



Caio Patricio de Almeida

OAB/PR n.º 72.429
Integrante do Depto. de
Amicus Curiae – IBCCRIM