

27/04/2005 18:12 47801



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 3446/DF

REQUERENTE: Partido Social Liberal – PSL

REQUERIDOS: Presidente da República

Congresso Nacional

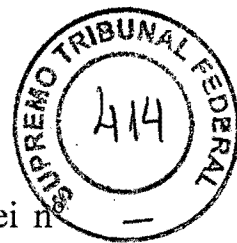
RELATOR: Exmo. Senhor Ministro CEZAR PELUSO

Egrégio Supremo Tribunal Federal:

O Advogado-Geral da União, em atendimento ao disposto no § 3º do art. 103 da Constituição Federal e no despacho de fl. 135, vem manifestar-se acerca da presente ação direta de inconstitucionalidade.

1. A ação e seu objeto

A presente ação direta tem por objeto o inciso I do art. 16; o art. 105; a expressão “reiteração no”, constante do inciso II do art. 122; o inciso III desse mesmo art. 122; a expressão “e 105”, inserta no



inciso I do art. 136; o art. 138; bem como o art. 230, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “*dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*”.

Eis o teor dos textos impugnados, abaixo reproduzidos em destaque:

“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;

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

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

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

Art. 138. Aplica-se ao Conselho Tutelar a regra de competência constante do art. 147.

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”.

Sustenta o requerente que teriam sido violados os incisos XXXV e LIV do art. 5º; o inciso IV do § 3º do art. 227; bem como o art. 228, todos da Constituição da República.

Distribuído o feito ao Excelentíssimo Ministro Relator, imprimiu-se-lhe o rito do art. 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Após as informações, vieram os autos para a manifestação do Advogado-Geral da União.

2. A constitucionalidade do inciso I do art. 16 e do art. 230, ambos do ECA

Nas palavras do requerente, o inciso I do art. 16, bem como o art. 230, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ofenderiam a Constituição, na medida em que vedariam o recolhimento de “crianças carentes”, ainda quando se encontrem em “*dantesco e desumano*” estado de abandono, uma vez que lhes teria sido concedido “*o direito de permanecer na sarjeta*” (fl. 9). Assim, pugna pela pronúncia de nulidade dos referidos dispositivos, postulando, subsidiariamente, seja-lhes conferida interpretação conforme, “*a fim de ser permitida a apreensão de crianças e adolescentes para averiguação, ou por motivo de perambulação, desde que determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*” (fls. 21 e 22).



Com a devida vênia, porém, tais pedidos afiguram-se inteiramente despropositados. Ao invés de ofenderem a Carta da República, os preceitos em exame correspondem à concretização do direito fundamental à liberdade, assegurado às crianças e aos adolescentes pelo art. 227 de tal diploma, que os coloca a salvo da “opressão” (*caput*), condicionando a privação de sua liberdade ao princípio da “*excepcionalidade*” (§ 3º, V). A improcedência, no ponto, da pretensão deduzida nesta ação direta torna-se tanto mais evidente quando se verifica que o autor objetiva reavivar a espúria figura da *prisão para averiguações*, desejando vê-la aplicada a crianças e adolescentes, mesmo quando não haja sido cometido ato infracional algum.

Ao fundamentar os pedidos em análise, afirma o autor que a liberdade de ir, vir e permanecer nos logradouros públicos e espaços comunitários, assegurada às crianças e aos adolescentes, configuraria uma das causas do abandono a que se submetem muitos menores carentes. No entanto, semelhante assertiva revela uma equivocada interpretação da Lei nº 8.069, de 1990. Conforme anota JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“É necessário ter em conta, ainda, que a liberdade aí reconhecida não significa que a criança e o adolescente podem locomover-se nos logradouros públicos a seu simples alvedrio, pois estão sujeitos à autorização dos pais ou responsáveis, segundo seus critérios de conveniência e de educação. É liberdade que se volta especialmente contra constrangimentos de autoridades públicas e de terceiros, mas também contra os pais e responsáveis que, porventura, imponham à criança ou ao adolescente um constrangimento abusivo que possa ser caracterizado como uma situação cruel, opressiva ou de violência ou, mesmo, de cárcere privado” (in MUNIR CURY (coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente

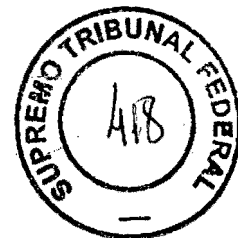
Comentado, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81).



Não se pode perder de vista que o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.069, de 1990, ressalva expressamente a possibilidade de a lei restringir a liberdade de locomoção das crianças e adolescentes, abrindo, assim, a via pela qual o Poder Público pode evitar que o direito a esses assegurado degenere-se em abandono.

Aliás, cumpre lembrar que não faltam ao Direito vigente instrumentos aptos a evitar o abandono de menores nas vias públicas, quer restringindo-lhes a liberdade, quer punindo os responsáveis pelo estado de degradação a que seja submetida a pessoa em desenvolvimento. O próprio art. 16 do ECA, no inciso VII, confere às crianças e aos adolescentes a liberdade de *“buscar refúgio e orientação”*. De outra parte, o inciso VII do art. 101 do mesmo estatuto permite à autoridade competente colocar a criança ou o adolescente sob o abrigo de entidade a tanto destinada, caso essa medida se faça necessária. Além disso, desde há muito, o Código Penal tipifica o delito de *“abandono de incapaz”* (art. 133), bem como define como crime a conduta de *“permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública”* (art. 247, IV).

Portanto, mostra-se manifestamente desarrazoada a pretensão do autor, no sentido de que se permita a apreensão de crianças e adolescentes para averiguação ou por motivo de perambulação. Afinal, os menores em estado de abandono não estão a requerer punição, e, sim, cuidados.



Assim, no ponto, os pedidos deduzidos por intermédio da petição inicial devem ser julgados improcedentes.

3 A infundada arguição de inconstitucionalidade dos arts. 105, 136, I, e 138, todos da Lei nº 8.069, de 1990

A impugnação ao art. 105; à expressão “e 105”, inserta no inciso I do art. 136; e ao art. 138, todos da Lei nº 8.069, de 1990, funda-se no argumento de que esses dispositivos retirariam indevidamente “do Judiciário a competência para a apreciação do ato infracional praticado por criança, atribuindo-a ao Conselho Tutelar que, segundo o art. 131, não é órgão jurisdicional [sic]”, mas, ainda assim, “pratica ato judiciário, abrindo uma exceção ao sistema brasileiro, que não tem o contencioso administrativo” (fls. 16 e 17).

Pela leitura da petição inicial, depreende-se sustentar o autor que às crianças deveriam ser aplicadas as mesmas medidas sócio-educativas previstas para os adolescentes. Nessa premissa, entretanto, reside o equívoco do seu raciocínio. É que a circunstância de a personalidade da criança encontrar-se, ainda, em incipiente desenvolvimento desaconselha a sua submissão a qualquer medida penalizadora. A criança infratora está a merecer, apenas, cuidados e educação. Nesse sentido é o magistério do Desembargador catarinense NAPOLEÃO X. DO AMARANTE:

“[N]o plano do ato infracional, as medidas a serem ministradas à criança são, em regra, diversas daquelas



destinadas ao adolescente. Para este existem as denominadas medidas sócio-educativas arroladas no art. 112. Já, para a primeira, por expressa determinação do artigo em comentário [art. 105], quando configura sua conduta ato infracional, incumbe ao Conselho Tutelar (art. 136, I), antes de tudo, mediante termo de responsabilidade, colocá-la sob a guarda de seus pais. Estes devem ser os primeiros responsáveis pela sua formação moral e social. Se não tiverem condições para tanto, diante do desajuste familiar, do comportamento comprometedor do casal ou do procedimento reprovável de um dos cônjuges, com quem o outro conviva, há de encontrar-se um terceiro responsável dentro ou fora da linha de consangüinidade. Além desta providência, aquele colegiado pode e deve acompanhá-la temporariamente, com orientação e apoio, determinando também sua matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino. De outra parte, a situação econômica da família ou do responsável, notadamente quando lhes forem poucos os recursos, permite ao Conselho Tutelar buscar o apoio de programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente. E, sendo o caso, poderá o mesmo, ainda, requisitar tratamento médico, psicológico, psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, ou incluir em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Aliás, não poderia o legislador deixar de estabelecer essas medidas, mormente quando se sabe que a conduta infringente do menor é decorrência, no seu mais alto percentual, da extrema miséria do lar, que o leva a viver na rua, onde facilmente se depaupera física e moralmente” (in MUNIR CURY (coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, cit., pp. 348 e 349).

Vê-se, pois, que, no particular, atuou corretamente o legislador. Bem assim, igualmente agiu com acerto ao atribuir a um órgão administrativo – o Conselho Tutelar – a incumbência de aplicar à criança infratora as medidas que se fizerem adequadas. Ao contrário do que afirma o requerente, o mencionado órgão não pratica “ato judiciário”. As medidas assistenciais por ele aplicadas revestem-se de natureza exclusivamente administrativa.



Cumprе reconhecer que, anteriormente ao advento do ECA, costumava-se conferir a órgãos do Poder Judiciário a competência para apreciar os atos infracionais praticados por crianças. Não havia nisso, todavia, sinal de que se considerasse, então, que as medidas nesse campo adotadas ostentassem caráter jurisdicional. Como observa JUDÁ JESSÉ DE BRAGANÇA SOARES:

“Desde a instituição do primeiro juízo privativo de menores (em 1927) em nosso País, tornou-se tradicional conferir ao juiz de menores não somente a função judicial, mas, também, atribuições administrativas e sócio-assistenciais, além de se lhe reconhecer um certo papel legislativo, não se observando a separação de Poderes. (...) Na verdade, a idéia de que a atividade assistencial deveria caber aos juizes de menores sempre foi errônea, conforme escrevia, ainda antes de entrar em vigor o Código de Menores de 1979, o então Juiz de Menores da comarca do Rio de Janeiro Alyrio Cavallieri: ‘Formou-se, paralelamente, junto ao consenso público, fomentado pelos meios de comunicação, uma idéia errônea de que os juzados de menores substituiriam qualquer atividade estatal no campo da assistência’. (...) Rompendo, em boa hora, com essa conceituação da função judicial, o Estatuto institui os Conselhos Tutelares como órgãos que exercerão uma parcela do Poder Público, conforme preconizado no art. 1º, parágrafo único, da CF, e que têm autoridade (poder de influir sobre a esfera jurídica de outrem) administrativa” (in MUNIR CURY (coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, cit., pp. 454 e 455).

Tanto inoçorre, no caso, usurpação de função jurisdicional por parte do Conselho Tutelar, que o ECA, nos incisos III, “b”, IV e V, todos do art. 136, dispõe caber a tal órgão “representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações”; “encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que



constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente”; bem como “*encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência*”.

Desse modo, também no ponto presente, não merece ser acolhido o pedido formulado nesta ação direta.

4. O art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito

O ataque à expressão “*reiteração no*”, constante do inciso II; bem como ao inciso III, ambos do art. 122 do ECA, baseia-se na suposição de que haveria, aí, “*violação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito*” (fl. 18). Mais uma vez, no entanto, carece o autor de razão.

Como se sabe, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe “*a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos*” (LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva: São Paulo: 1996, p. 209).

No caso, submetem-se a ponderação, de um lado, o ônus consistente na aplicação ao adolescente de medida de internação e, de outro, o proveito que a sociedade retira da aplicação aos menores infratores de medidas privativas de sua liberdade.



O art. 122 do ECA resolveu, em abstrato, a colisão entre os dois mencionados interesses determinando que a medida de internação só poderá ser aplicada quando: tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (I); por reiteração no cometimento de outras infrações graves (II); ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (III).

Portanto, optou o legislador por prestigiar a liberdade de locomoção do menor, somente admitindo a sua internação, em benefício da segurança da sociedade, excepcionalmente. Ora, assim, não incorreu em inconstitucionalidade alguma. Antes, teve o mérito de concretizar o inciso V do § 3º do art. 227 da Constituição da República, na parte em que estabelece que a aplicação de qualquer medida privativa de liberdade à pessoa em desenvolvimento deve obediência ao *princípio da excepcionalidade*.

Desse modo, também no ponto, mostra-se improcedente a pretensão do autor.

5. Conclusão


Em vista das razões acima articuladas, o pedido deduzido por intermédio da presente ação direta há de ser julgado improcedente, a fim de que se declare a constitucionalidade do inciso I do art. 16; do art. 105; da expressão “reiteração no”, constante do inciso II do art. 122; do inciso III do art. 122; da expressão “e 105”, inserta no




inciso I do art. 136; do art. 138; bem como do art. 230, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

São essas, Senhor Relator, as considerações que o Advogado-Geral da União tem a fazer, cuja juntada aos autos ora requer.

Brasília, 26 de abril de 2005.


ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA
Advogado-Geral da União


MARCELO BORGES DE MATTOS MEDINA
Advogado da União