

2 0 2 2

FGV Direito SP
& Instituto Alana

Eloísa Machado de Almeida
Ana Laura Pereira Barbosa
Luíza Pavan Ferraro

A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS

2 0 2 2

**FGV Direito SP
& Instituto Alana**

Eloísa Machado de Almeida
Ana Laura Pereira Barbosa
Luíza Pavan Ferraro

A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS

ALANA

Presidente

Ana Lucia de Mattos Barretto Villela

Vice-Presidentes

Alfredo Egydio Arruda Villela Filho

Marcos Nisti

CEO

Marcos Nisti

Diretoras-Executivas

Flavia Doria

Isabella Henriques

**Diretora-Executiva
de Operações**

Marisa Ohashi

Tesoureiro

Daniel Costa

Diretor Administrativo-Financeiro

Carlos Vieira Júnior

**Diretora de Estratégia
de Comunicação**

Fernanda Flandoli

**Diretora de Articulação
e Expansão**

Mariana Mecchi

**Diretor de Políticas
e Direitos das Crianças**

Pedro Hartung

**Diretora de Educação
e Cultura da Infância**

Raquel Franzim

**Diretora de Pessoas
e Cultura**

Renata Lirio

**A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS
DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
NAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS**

Realização

FGV Direito SP

Centro de Pesquisa Supremo em Pauta

Apoio

Instituto Alana

Coordenação da pesquisa

Eloísa Machado de Almeida

Equipe

Ana Laura Pereira Barbosa

Luíza Pavan Ferraro

Coordenação editorial

Fernanda Peixoto Miranda

Renata Assumpção

Revisão de textos

Patrícia Calazans

Revisão técnica

Ana Claudia Cifali

Letícia Carvalho

Mayara Silva de Souza

Pedro Mendes da Silva

Thaís Dantas

Projeto gráfico

Bode

Diagramação

Marianne Meni

Produção gráfica

William Nunes

Supervisão gráfica

Helaine Gonçalves



É COM GRANDE ALEGRIA QUE TRAZEMOS A PÚBLICO A IMPORTANTE PESQUISA “A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS”, FINANCIADA PELO INSTITUTO ALANA E REALIZADA PELO BRILHANTE TRABALHO DA PROFESSORA ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA E DAS PESQUISADORAS ANA LAURA PEREIRA BARBOSA E LUÍZA PAVAN FERRARO, TODAS DO CENTRO DE PESQUISA SUPREMO EM PAUTA, DA FGV DIREITO SP.

Sua importância deve-se não só pela extensa revisão e profunda compreensão das decisões sobre crianças e adolescentes e a prioridade absoluta de seus direitos e melhor interesse no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal nos 30 anos de vigência do artigo 227 da Constituição Federal de 1988; deve-se igualmente pelo apontar de “caminhos e atalhos” para que organizações da sociedade civil, como o próprio Alana, e grandes litigantes institucionais, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, possam qualificar sua atuação no âmbito do espaço do sistema de justiça, adensando a proteção

dos direitos de crianças e adolescentes no sentido da prioridade absoluta que lhes foi conferida pela Constituição e pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em um momento histórico brasileiro no qual o espaço institucional das cortes superiores consagram-se como *locus* fundamental da defesa da democracia e dos direitos fundamentais, inclusive os de crianças e adolescentes, ter uma pesquisa-mapa como esta em nossas mãos é essencial, pois permite o reconhecimento do passado para a transformação do futuro já no presente das atuais ações no Supremo e no Tribunal da Cidadania.

Não há mais tempo a perder para que este verdadeiro projeto de sociedade e de país expresso no artigo 227 da Constituição seja efetivado e validado também nas cortes de todo o país. Garantir absoluta prioridade às crianças e adolescentes, seus direitos e melhor interesse em todas as decisões do sistema de justiça é a força motriz capaz de mudar a realidade de todos nós, pois sabemos que cuidar da criança é cuidar da humanidade inteira.

Boa leitura!

Isabella Henriques
Diretora-executiva
do Instituto Alana

Pedro Hartung
Diretor de Políticas e Direitos
da Criança do Instituto Alana

Apresentação		P. 9
Metodologia		P. 17
UNIVERSO: DECISÕES NO STF E NO STJ		P. 28
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL		P. 34
PERFIL GERAL DO LITÍGIO		P. 36
A INTERPRETAÇÃO DA PRIORIDADE ABSOLUTA POR TEMÁTICA		P. 43
MENÇÃO EXPRESSA A TERMOS RELEVANTES		P. 126
CASOS PARADIGMÁTICOS		P. 130
CONCLUSÃO: A PRIORIDADE ABSOLUTA NO STF		P. 164

APRESENTAÇÃO

Por um longo período da história, crianças e adolescentes não foram considerados sujeitos de direitos pela legislação brasileira. A doutrina do Código de Menores criou a genérica categoria jurídica da situação irregular para abarcar situações nas quais crianças e adolescentes se encontrassem no que a legislação reputava perigo moral ou desvio de conduta¹. Crianças e adolescentes que se desviassem dos padrões expostos no código deveriam ser submetidos indiscriminadamente à tutela do Estado. Esse modelo fomentava a discriminação entre crianças dignas de proteção e aquelas sujeitas à correção², penalizava a pobreza e alocava em uma mesma categoria jurídica situações distintas de risco ou de prática de ato infracional³. Na prática, a consequência da doutrina menorista era abrir espaço para a institucionalização de crianças e de adolescentes⁴. A Constituição Federal (CF) de 1988, ins-

pirada pelos debates da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, foi um grande avanço, ao expressamente reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos cujos direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade. É o que determina o art. 227 da CF:

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.

A prioridade absoluta é a norma norteadora do paradigma da proteção integral instaurado a partir da nova ordem constitucional. Essa norma assegura a crianças e adolescentes a primazia em todas as esferas de seu interesse, considerando também a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. A prioridade absoluta deve ser assegurada pela família, comunidade, sociedade e poder público.

No sistema de justiça juvenil, a prioridade absoluta deveria implicar interpretar a liberdade como regra e a internação como exceção. Na hipótese de internação, para assegurar seu melhor interesse, a doutrina estabelece que adolescentes devem ser separados de adultos, manter contato com a família por meio de correspondência e visitas, ter assistência legal adequada e receber atividades e programas para promover sua saúde e o autorrespeito, incentivar a responsabilidade e encorajar o seu desenvolvimento⁵. A internação também deve ser breve e excepcional.

A doutrina da proteção integral foi refletida no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, que tem como pilares o reconhecimento de crianças e

adolescentes como sujeitos de direito, o reconhecimento de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a prioridade absoluta na garantia de direitos fundamentais⁶. Nesse sentido, o ECA estabelece que a garantia da prioridade absoluta compreende (i) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, (ii) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, (iii) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e (iv) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude.

Apesar de a legislação indicar de modo muito evidente os sujeitos destinatários da prioridade absoluta, a decisão a respeito de sua aplicação caberá, inevitavelmente, à administração pública e ao Poder Judiciário. Daí a importância de olhar os casos decididos pela cúpula do Judiciário – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) – para verificar a temática dos casos que chegam a esses tribunais e se – e como – o conceito de prioridade absoluta é mobilizado.

Esta pesquisa reúne todos os casos julgados pelo STJ e pelo STF sobre direitos da criança e do adolescente entre 1988 e 2019, com o intuito de compreender de que forma a prioridade absoluta vem sendo interpretada e utilizada nas decisões⁷. Trata-se de um retrato da jurisprudência, porque os tribunais estão constantemente interpretando questões relativas a crianças e adolescentes.

É importante destacar que alguns julgamentos foram finalizados após a data de fechamento desta pesquisa (ou tiveram seus acórdãos publicados a partir de 2020). Em sede da ADI 3.446, o STF decidiu que a garantia de liberdade de locomoção de crianças e adolescentes está de acordo com o princípio da proteção integral previsto no art. 227 da Constituição Federal⁸. A decisão foi muito importante para marcar a superação do paradigma me-

norista. Na temática de convivência familiar, por sua vez, o STF concluiu o julgamento do RE 608.898 em junho de 2020, decidindo pela impossibilidade de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido depois do fato criminoso que motivou o ato expulsório⁹.

O STF também julgou definitivamente ações que já contavam com decisões cautelares, assentando de modo definitivo interpretações protetivas do direito da criança e do adolescente. É o caso dos julgamentos contra leis que determinavam a censura em sala de aula. Em abril de 2020, o tribunal declarou inconstitucional a Lei nº 1.516/2015 do município de Novo Gama (GO), que proibia a utilização em escolas públicas municipais de material didático que contivesse o que chamava de “ideologia de gênero”. A decisão ocorreu em sede da ADPF 457 e referendava cautelar que havia sido deferida pelo relator, ministro Alexandre de Moraes, no início do ano¹⁰. A ADPF 526, cuja decisão liminar já constava do relatório, também contou com julgamento definitivo atestando a inconstitucionalidade da lei do município de Foz do Iguaçu (PR) que proibia discussões de gênero em sala de aula¹¹. Desde então, o STF confirmou a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais e municipais. Em junho, declarou inconstitucional a lei do município de Cascavel (PR) com conteúdo similar, em sede da ADPF 460¹². Em agosto, voltou a decidir no mesmo sentido em sede de um conjunto de ações julgadas pelo Plenário Virtual¹³.

O tribunal também confirmou, em sede da ADPF 484¹⁴, a inconstitucionalidade do bloqueio de verbas das chamadas Caixas Escolares, destinadas ao custeio da merenda escolar, transporte de alunos e manutenção de escolas públicas estaduais no Amapá. A decisão destacou a importância desses órgãos para a descentralização da gestão da educação e a obrigatoriedade de aplicação dos recursos na educação, o que impossibilita penhora ou bloqueio.

Na temática de ato infracional, a Segunda Turma decidiu o mérito do HC 143.988, importante marco na interpretação de direitos da criança e do adolescente. Ao confirmar a liminar deferida pelo relator, ministro Edson Fachin, o STF determinou que idades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes em todo o país não ultrapassem a sua capacidade projetada (119%) e fixou critérios a serem observados por unidades de internação que operam acima da capacidade máxima. Na inexistência de vaga para cumprimento da medida, adolescentes devem ser privilegiados com medidas mais brandas¹⁵.

Em relação ao STJ, o destaque é o julgamento do REsp 1.613.561¹⁶, em que o tribunal reiterou jurisprudência construída de que é abusiva a “publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças”, sendo a decisão sobre a compra de alimentos dos pais. Essa discussão está diretamente relacionada ao debate que será aprofundado no tópico relativo à publicidade infantil, dentro do grande tema de políticas públicas.

NOTAS DE RODAPÉ

1 Ressalta-se, desde o início, que a opção desta pesquisa foi por manter citações diretas dos julgados que se valem de nomenclaturas ultrapassadas em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes – como “menor”, “adolescente infrator”, “prostituição”, “regressão”, “progressão”, “corrupção de menores”. Essa opção se deu não apenas para que as decisões pudessem ser citadas a fim de ilustrar o entendimento firmado, mas também para dar a percepção de como o tribunal tem usado a linguagem nesses casos, evidenciando-se ainda os resquícios da doutrina do Código de Menores.

2 CRUZ, Lílian; HILLESHEIM, Betina; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Infância e políticas públicas: um olhar sobre as práticas psicológicas. **Psicologia & Sociedade**, v. 17, n. 3, p. 42-49, 2005.

3 LUZ, Lucas Henrique; NATALI, Paula Marçal. **A doutrina menorista e a doutrina da proteção integral: as legislações sobre as crianças e adolescentes no Brasil**. Encontro da educação social, UEM. Disponível em: http://www.ppe.uem.br/educacaosocial/trabalhos/eixo_1/pdf/1.02.pdf.

4 ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 51-52.

5 GOUVÊA, Carina Barbosa. **Justiça restaurativa para a criança e o adolescente: uma justiça que humaniza o processo socioeducativo**. Artigo originalmente apresentado na XXII Conferência Nacional dos Advogados. Tribuna Livre. Painel 03. Rio de Janeiro, outubro de 2014.

6 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Editora Saraiva, 2018. p. 61.

7 As decisões compõem dois bancos: "Banco de decisões_Interpretação da Prioridade Absoluta dos Direitos de Crianças e Adolescentes pelas Cortes Superiores_Superior Tribunal de Justiça" e "Banco de decisões_Interpretação da Prioridade Absoluta dos Direitos de Crianças e Adolescentes pelas Cortes Superiores_Supremo Tribunal Federal". Os bancos estão disponíveis para acesso no seguinte link: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30651>.

8 O caso não surgiu nos resultados porque a publicação da decisão ocorreu após a data de fechamento desta pesquisa.

9 RE 608.898, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual, julg. 25/06/2020.

10 ADPF 457, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário Virtual, julg. 29/04/2020.

11 ADPF 526, rel. min. Cármen Lúcia, Plenário Virtual, julg. 11/05/2020.

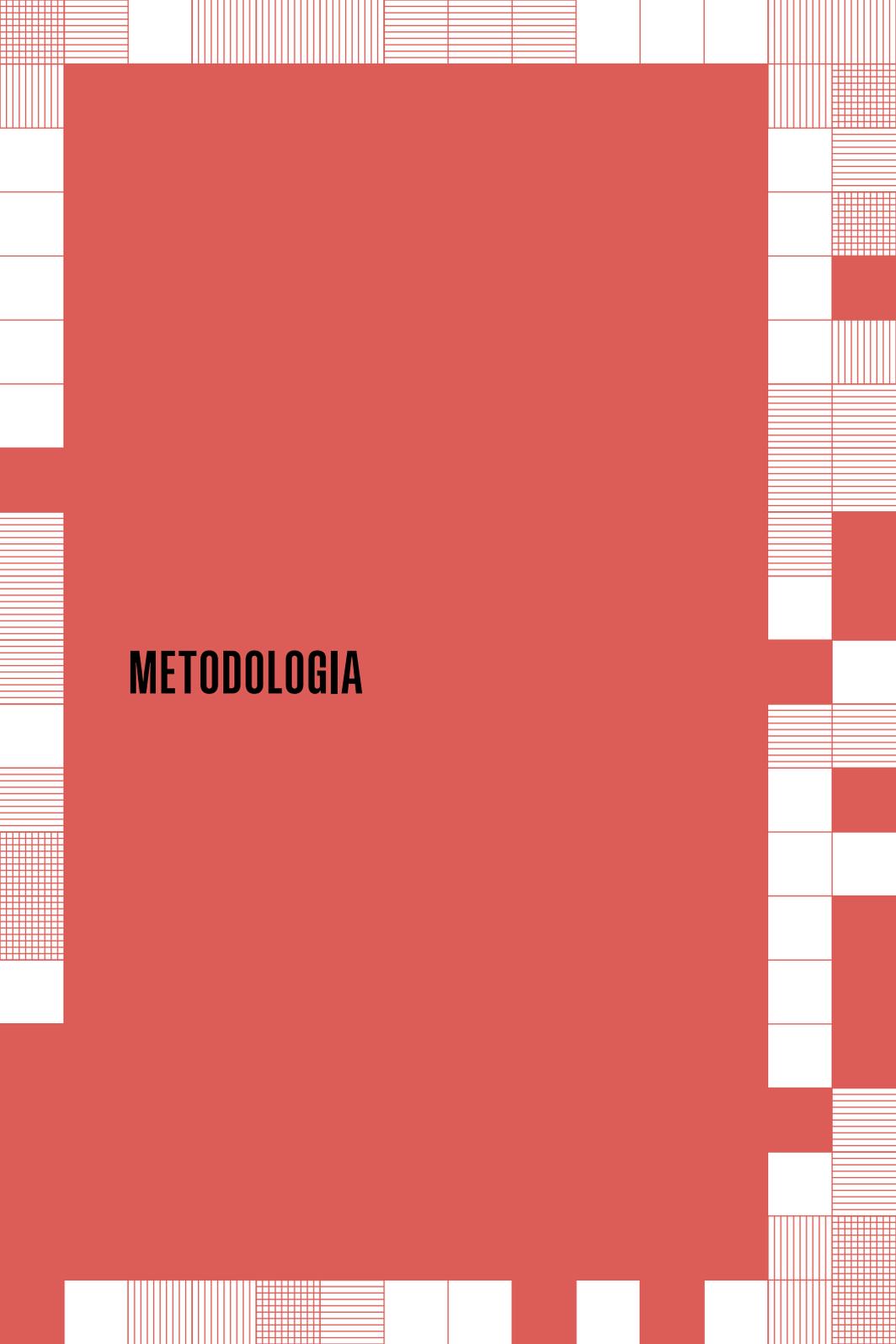
12 ADPF 460, rel. min. Luiz Fux, Plenário Virtual, julg. 29/06/2020.

13 ADI 5.537, 5.580 e 6.038, rel. min. Roberto Barroso, Plenário Virtual, julg. 26/08/2020; ADPF 461, 465 e 600, rel. min. Roberto Barroso, Plenário Virtual, julg. 26/08/2020.

14 ADPF 484, rel. min. Luiz Fux, Plenário Virtual, julg. 04/06/2020.

15 HC 143.988, rel. min. Edson Fachin, Segunda Turma, julg. 21/08/2020.

16 REsp 1.613.561, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 25/04/2017. Embora este recurso tenha sido julgado pelo STJ em 2017, a publicação no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) ocorreu apenas em 1º/09/2020. Portanto, não compôs o banco de decisões porque não apareceu no site do tribunal durante as buscas realizadas nesta pesquisa.



METODOLOGIA

A metodologia adotada na presente pesquisa foi inspirada nos parâmetros metodológicos dos relatórios de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, editados pela própria corte¹⁷. Esses informes contêm sínteses das mais importantes sentenças de tribunais da região nas mais diversas matérias. Adaptada aos dois principais tribunais superiores no Brasil – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal –, esta pesquisa procura mapear, listar e relacionar os principais tópicos presentes nas questões relacionadas aos direitos da criança e do adolescente, a evolução histórica da interpretação dessas questões, os principais marcos jurisprudenciais, bem como os desafios para a interpretação desses direitos.

A transversalidade do direito da criança e do adolescente exige que se verifique não apenas a presença terminológica da prioridade absoluta, mas também a influência

exercida por essa orientação principiológica para toda a construção de decisões envolvendo crianças e adolescentes. Em outras palavras, se o direito da criança e do adolescente é transversal, uma pesquisa na temática também deve ser. Esse foi o desafio enfrentado no presente trabalho, sendo imperativa a busca o mais ampla possível pelos termos “criança ou adolescente” para a construção do universo de estudo.

O primeiro passo para a construção do banco de decisões consistiu na definição das palavras-chave a serem buscadas no acervo do STJ e do STF. O universo de casos inicial foi obtido a partir da busca pelas palavras-chave “criança ou adolescente” nos bancos de jurisprudência do STF¹⁸ e do STJ¹⁹, com recorte temporal entre 05/10/1988 a 31/12/2019.

No Supremo Tribunal Federal, optamos por incluir na pesquisa decisões colegiadas das turmas e do plenário, bem como decisões monocráticas. A opção pela inclusão de decisões das turmas deve-se às distinções entre competências destas e do plenário. Deixá-las de fora não traria uma visão total do funcionamento do tribunal, sobretudo porque, em razão da divisão de competências, há questões decididas exclusivamente pela turma. O paradigmático HC 143.641, por exemplo, que determinou a prisão domiciliar de todas as mães de crianças de até 12 anos, gestantes, lactantes, ou adolescentes em situação equiparável, foi decidido pela Primeira Turma do STF, e não pelo plenário. A opção pela inclusão de decisões monocráticas no STF justifica-se porque o tribunal é altamente individualizado e, como identificável a partir das estatísticas da corte, a maior parte das decisões proferidas por ele são monocráticas. Duas outras razões justificam a opção pela inclusão de decisões monocráticas no STF: 1) a notória importância, historicamente, de diversas liminares proferidas monocraticamente; 2) a necessidade de verificação de eventuais

obstáculos processuais que limitem a capacidade do tribunal, como cúpula do Judiciário, de fazer valer o direito previsto na Constituição. No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, diante da dimensão do universo, optamos por incluir tão-somente os acórdãos, que já representam quase o dobro da quantidade de decisões do STF. A coleta das decisões monocráticas não se mostra tão relevante quanto no STF, razão pela qual elas não foram incluídas.

A opção metodológica da busca direta pelas palavras-chave “melhor interesse da criança” e “prioridade absoluta” foi descartada em razão do risco da incompletude e do viés nos resultados. Isso se deu por duas razões. Em primeiro lugar, porque a busca pelas específicas palavras-chave relacionadas à prioridade absoluta retornaria tão-somente os acórdãos nos quais o conceito foi utilizado e mobilizado. Seria possível verificar o modo como o tribunal conceitua, mas não como a norma é aplicada. Já olhar para a totalidade dos casos envolvendo crianças ou adolescentes permite verificar como a norma foi (ou não) utilizada. Olhar o todo possibilita uma inferência a respeito da forma como o tribunal, na prática – e não somente na retórica –, interpreta a prioridade absoluta e melhor interesse da criança. A segunda razão pela qual a opção foi descartada, relacionada à primeira, foi o baixo número de decisões que faziam menção expressa aos termos.

A busca no STF pelas palavras-chave “(melhor prox1 interesse prox2 criança) ou (prioridade prox1 absoluta)” retornou 492 resultados, dos quais 20 acórdãos e 472 monocráticas. Em relação ao STJ, a busca por “prioridade prox1 absoluta” resultou 100 acórdãos, sendo que 79 estavam relacionados com crianças e adolescentes; outros 90 acórdãos resultaram da busca por “melhor prox1 interesse prox2 criança”. Trata-se de uma parcela muito pequena do total de casos envolvendo criança ou adolescente, em comparação com a busca genérica dos termos, o que revela

o risco de incompletude. Em outras palavras, pela transversalidade do direito da criança e do adolescente, que guia a interpretação de diversas áreas do Direito, o fato de o tribunal não ter utilizado expressamente o termo “prioridade absoluta” não significa que o caso não envolva uma discussão relacionada à prioridade absoluta, tampouco que a interpretação do direito não tenha seguido essa orientação principiológica. O mero fato de não utilizar o termo pode ser – mas não necessariamente é – um indício da forma como o tribunal interpreta a questão. Ou seja, a partir desta pesquisa é possível saber quais assuntos pertinentes aos direitos das crianças e dos adolescentes vêm sendo colocados para julgamento pelo STF e pelo STJ e como os tribunais lidam com essas questões, a partir ou não da ótica da prioridade absoluta.

A contrapartida da opção pela busca por termos os mais genéricos possíveis, contudo, foi a necessidade de exclusão manual dos casos impertinentes. Isso foi realizado por meio da leitura e categorização dos casos a partir de sua ementa. Nesse processo, foram excluídos todos os casos nos quais os termos “criança ou adolescente” foram mencionados incidentalmente, seja em citação da íntegra de ementa sem relação temática com o caso, seja em casos nos quais aparecem em outro contexto, seja em casos nos quais o sujeito de direitos em jogo não é a criança. Também foram excluídas decisões meramente processuais, nas quais os termos apareciam somente na indexação, e não na discussão do corpo do texto da ementa dos acórdãos ou da decisão monocrática. Esses casos podem até ter como tema de fundo o direito da criança ou do adolescente, mas a decisão em si esbarra em questões formais de admissibilidade e nelas se centra.

No STF, a busca pelos termos “criança ou adolescente” entre 05/10/1988 e 31/12/2019 resultou em 627 acórdãos e 5.971 decisões monocráticas. Deste resultado, contudo,

apenas 474 acórdãos e 3.664 monocráticas mostraram-se pertinentes. Foram excluídos casos nos quais os termos eram mencionados incidentalmente, porém a questão não envolvia de qualquer modo questões relacionadas a crianças e adolescentes. Foram também excluídas decisões interlocutórias que tratavam tão-somente de questões processuais, a exemplo da admissibilidade de *amicus curiae* ou da remessa à Procuradoria-Geral da República e Advocacia-Geral da União para solicitação de parecer. Por não gerar prejuízo à dimensão do universo de casos, por fim, foram também excluídas decisões que tratavam exclusivamente de questões relativas à admissibilidade e não permitiam, apenas a partir da ementa, a verificação do tema de fundo do caso. Nessas decisões, a menção aos termos “criança ou adolescente” surgia apenas na indexação. Para saber qual a temática de fundo, seria necessário verificar os autos do processo. Além disso, os casos não acrescentariam informações pertinentes à pesquisa, pois envolviam discussão eminentemente processual. Nos casos em que a decisão foi pela inadmissibilidade, mas a ementa permitia que se identificasse o tema de fundo da decisão, houve a categorização de acordo com este tema e a manutenção no universo de pesquisa.

Em relação ao STJ, a busca pelos termos “criança ou adolescente” entre 05/10/1988 e 31/12/2019 resultou em 8.803 acórdãos. Deste total, a partir da leitura das ementas, foi possível identificar 181 decisões impertinentes, ou seja, que, apesar da citação dos termos “criança ou adolescente”, não têm esse grupo como aspecto central do litígio. Os casos mais recorrentes em que foi constatada a impertinência são: a citação do art. 313 do Código de Processo Penal (CPP), sobre os requisitos da prisão preventiva, especificamente o inciso III (“se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execu-

ção das medidas protetivas de urgência”), mas que o caso em si não envolvia crianças ou adolescentes; citação do ECA, porque estavam tratando do microsistema de tutela dos interesses transindividuais; casos em que existia questionamento de concurso em relação a tema do ECA ou em que existia impugnação ao concurso por qualquer motivo, mas o cargo estava relacionado a crianças e adolescentes. Em relação aos casos não incluídos no banco por questão de admissibilidade, foram encontradas 214 decisões, em que o tema de fundo estava relacionado com crianças e adolescentes, mas não houve nenhuma consideração sobre o mérito, sendo apenas afastada a possibilidade de apreciação do caso. Ressalta-se que grande parte das decisões de inadmissibilidade valeu-se das Súmulas 7²⁰ e 211²¹/STJ.

Após o levantamento de categorização das decisões, foi realizada nova busca por palavras-chave no STJ e STF, respectivamente, a fim de coletar decisões que mencionavam expressamente os termos “melhor interesse”, “peculiar condição da pessoa em desenvolvimento”, “prioridade absoluta”, “proteção integral”, bem como o art. 4º do ECA. Para tal, foi realizada a busca pelas palavras-chave “melhor adj2 interesse”, “pessoa adj2 desenvolvimento”, “prioridade adj absoluta” e “proteção adj integral”, além do uso da área específica da busca avançada destinada à legislação para localização das decisões que se valeram do art. 4º do ECA. Os resultados dessa busca foram cruzados com o banco de dados formado a partir da busca mais genérica pelas palavras-chave “criança ou adolescente”. Com isso, foi possível identificar quais decisões, no universo de pesquisa, faziam menção expressa a esses termos.

Esta pesquisa, portanto, conta com dois bancos de decisões, um relativo ao Supremo Tribunal Federal e outro relativo ao Superior Tribunal de Justiça. Os bancos contemplam as seguintes informações: classe, número, tipo de decisão (apenas para o STF), relator(a), órgão²², data de

juízo, ementa, grande tema, tema específico 1, tema específico 2, tema específico 3, processo (utilizado para o destaque aos temas processuais tratados na decisão) e menção a termos específicos (destacadas as decisões em que foram expressamente mobilizados os seguintes termos: “prioridade absoluta”, “melhor interesse”, “pessoa em desenvolvimento”, além da busca do art. 4º do ECA no campo de dispositivo legal da busca avançada).

O banco contabiliza decisões envolvendo crianças ou adolescentes, e não ações. Por isso, ele pode conter mais de uma decisão referente a uma mesma ação, com classe e número idênticos. É o que ocorre, por exemplo, quando o colegiado ou um ministro aprecia a medida cautelar em uma decisão e, tempos depois, em uma outra decisão, o colegiado julga o mérito. Neste exemplo hipotético, existirão duas decisões referentes a uma mesma ação. Contudo, na narrativa da jurisprudência em cada área temática, o relatório faz menção ao termo “ação” para referir-se ao histórico do caso, ou seja, decisões e impugnações anteriores ao protocolo da ação no respectivo tribunal. Qualquer alternativa tornaria a narrativa imprecisa, pois os eventos anteriores não ocorreram em sede da decisão narrada.

Para as classificações temáticas, o universo de pesquisa foi dividido em três níveis, do menos para o mais específico: tema, subtema e assunto. Esses três termos, utilizados ao longo do relatório, correspondem, respectivamente e predominantemente, ao grande tema, tema específico 1 e tema específico 2. As questões presentes no banco de decisões nas colunas do tema específico 3 e questões processuais, por serem mais específicas, são abordadas de maneira mais pontual e transversal.

É válido destacar que a classificação dos temas levou em conta a divisão de áreas do Direito, mas não foi esse o único parâmetro usado. A partir do que se buscava nesta pesquisa, entender como os tribunais superiores resolviam con-

flitos envolvendo crianças e adolescentes a partir da absoluta prioridade, os temas levam a compreender qual esfera da vida da criança ou do adolescente está sendo debatida. É por isso que, por exemplo, as questões relativas à prisão domiciliar de mães, pais e avós presos estão incluídas no grande tema de convivência familiar, porque se inserem na perspectiva principal do direito de filhos e filhas dessas pessoas de terem contato e receberem seus cuidados. Assim, chegou-se, em ambos os tribunais, a oito grandes temas: ato infracional; convivência familiar; inclusão de dependente; penal; políticas públicas; responsabilidade civil; trabalhista/previdenciário; e tributário. A categorização auxiliou o mapeamento do universo de pesquisa, bem como a identificação de temas pertinentes e de principais entendimentos repetidamente fixados na jurisprudência do tribunal.

Este relatório é composto, além da apresentação inicial da pesquisa, do universo geral de decisões nos tribunais e das compreensões firmadas tanto pelo STF quanto pelo STJ ao longo de 30 anos em cada uma dessas esferas temáticas, também contempladas com subdivisões temáticas. As análises possibilitam uma compreensão histórica das demandas, principais pontos de divergência e precedentes importantes firmados. Além disso, é apresentada, para cada tribunal individualmente, uma seção de casos paradigmáticos. Esclarece-se que, diante do extenso universo e da profundidade dos temas, muitos poderiam ser intitulados como “paradigmáticos”. Contudo, o critério estabelecido nesta pesquisa, diante da lente de como os tribunais superiores têm encarado os direitos das crianças e dos adolescentes, está baseado em uma construção, por um lado, temporal e, por outro, proporcional à quantidade de demandas sobre o tema presentes nas decisões. Foram levados em conta, portanto, os efeitos do caso para o universo de decisões do tribunal e a dimensão do litígio

em torno dele. Desse modo, são ações que não exatamente inauguram determinado assunto no tribunal, mas que enfrentam com mais profundidade e de modo protetivo os direitos das crianças e dos adolescentes, questões sensíveis há tempos aos tribunais, levando-se em consideração sua dimensão histórica.

Por fim, ressalta-se que foram feitas correções gramaticais nas citações de acordo com o Novo Acordo Ortográfico, sem nenhuma alteração de conteúdo.

NOTAS DE RODAPÉ

17 Estes relatórios encontram-se disponíveis em: http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/temas/acceso_informacion.asp

18 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

19 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

20 Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

21 Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".

22 Em relação ao STF, especificamente, na coluna relativa ao "órgão" responsável pelo julgamento, aparece a informação se a decisão foi "monocrática" ou proferida pelo "plenário" (Tribunal Pleno, Primeira Turma ou Segunda Turma). Em relação ao STJ, como foram incluídas na pesquisa apenas as decisões colegiadas, não há essa diferenciação, havendo nessa coluna apenas a indicação de qual o órgão colegiado responsável.



**UNIVERSO:
DECISÕES NO STF
E NO STJ**

Esta pesquisa pautou-se na busca de decisões referentes a crianças e adolescentes entre 1988 e 2019²³, com o intuito de entender como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça interpretaram seus direitos a partir da perspectiva da prioridade absoluta. O levantamento resultou em um universo de 12.546 decisões, sendo 4.138 relativas a julgamentos do STF e 8.408 de julgamentos do STJ.

No STJ foram selecionados apenas acórdãos, fruto, portanto, das decisões colegiadas no tribunal. Já no STF foram abarcadas tanto as decisões colegiadas, proferidas pelo plenário e Primeira e Segunda Turmas, como decisões monocráticas. A partir dessa divisão, o universo pode ser visto na **FIGURA 1**.

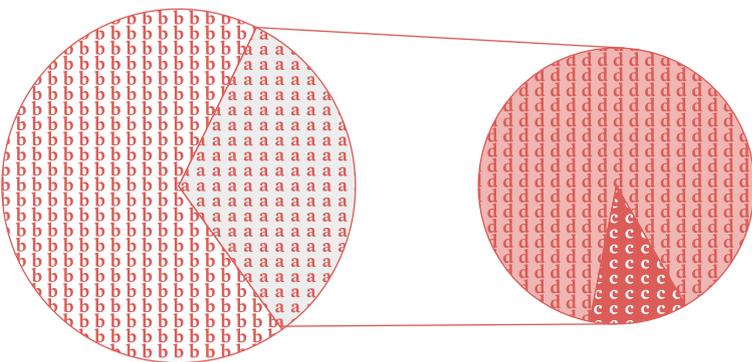
Essas decisões, sistematizadas em banco próprio, foram classificadas em oito temas: ato infracional;

convivência familiar; inclusão de dependente; penal; políticas públicas; responsabilidade civil; trabalhista/previdenciário; e tributário. Para tal classificação, o critério foi destacar qual esfera da vida da criança ou do adolescente estava sendo colocada em discussão. Para além da classificação do tema, cada decisão foi classificada com um subtema e um respectivo assunto, com níveis progressivos de detalhamento. Isso significa que existem três níveis de categorias temáticas, com distintos graus de abstração.

A distribuição temática geral revela que predomina a temática penal (4.483 decisões), seguida de ato infracional (3.993 decisões) e convivência familiar (2.308 decisões). A temática de políticas públicas, por sua vez, é mais frequente no Supremo Tribunal Federal, enquanto a de ato infracional é muito mais frequente no Superior Tribunal de Justiça. Tanto em números absolutos quanto em proporção em relação ao total de decisões geral e em cada tribunal, os temas de tributário, trabalhista/previdenciário, responsabilidade civil e inclusão de dependente reúnem um número baixo de decisões, o que, como será visto, não afasta ponderações relevantes dos tribunais sobre os direitos de crianças e adolescentes (**FIGURA 2**).

Além da diferença temática entre os tribunais, cujas nuances serão detalhadas nas seções a seguir, a separação entre decisões colegiadas e monocráticas dentro do próprio STF também já indica algumas particularidades de cada tema (**FIGURA 3**).

Nos tópicos a seguir, serão detalhadas as decisões proferidas no STF e no STJ, a partir desses diferentes temas, com o intuito de entender como os tribunais foram se posicionando ao longo dos mais de 30 anos da Constituição Federal de 1988, e sua importante previsão no art. 227, além dos exatos 30 anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.



A	STF (TOTAL)	4.138
B	STJ	8.408
C	STF (COLEGIADAS)	474
D	STF (MONOCRÁTICAS)	3.664

FIGURA 1. Distribuição das decisões no STF e no STJ, com divisão entre monocráticas e acórdãos

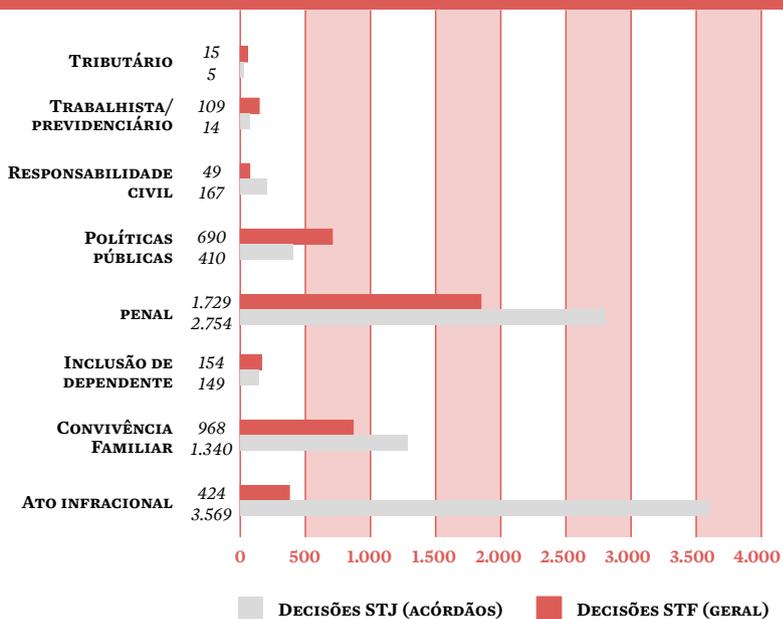


FIGURA 2. Distribuição temática das decisões no STF e no STJ

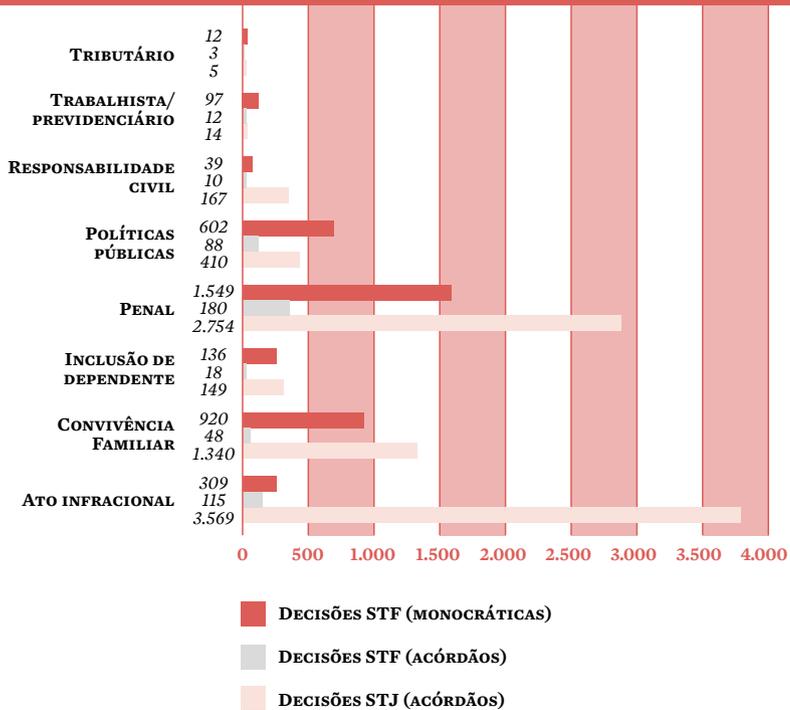
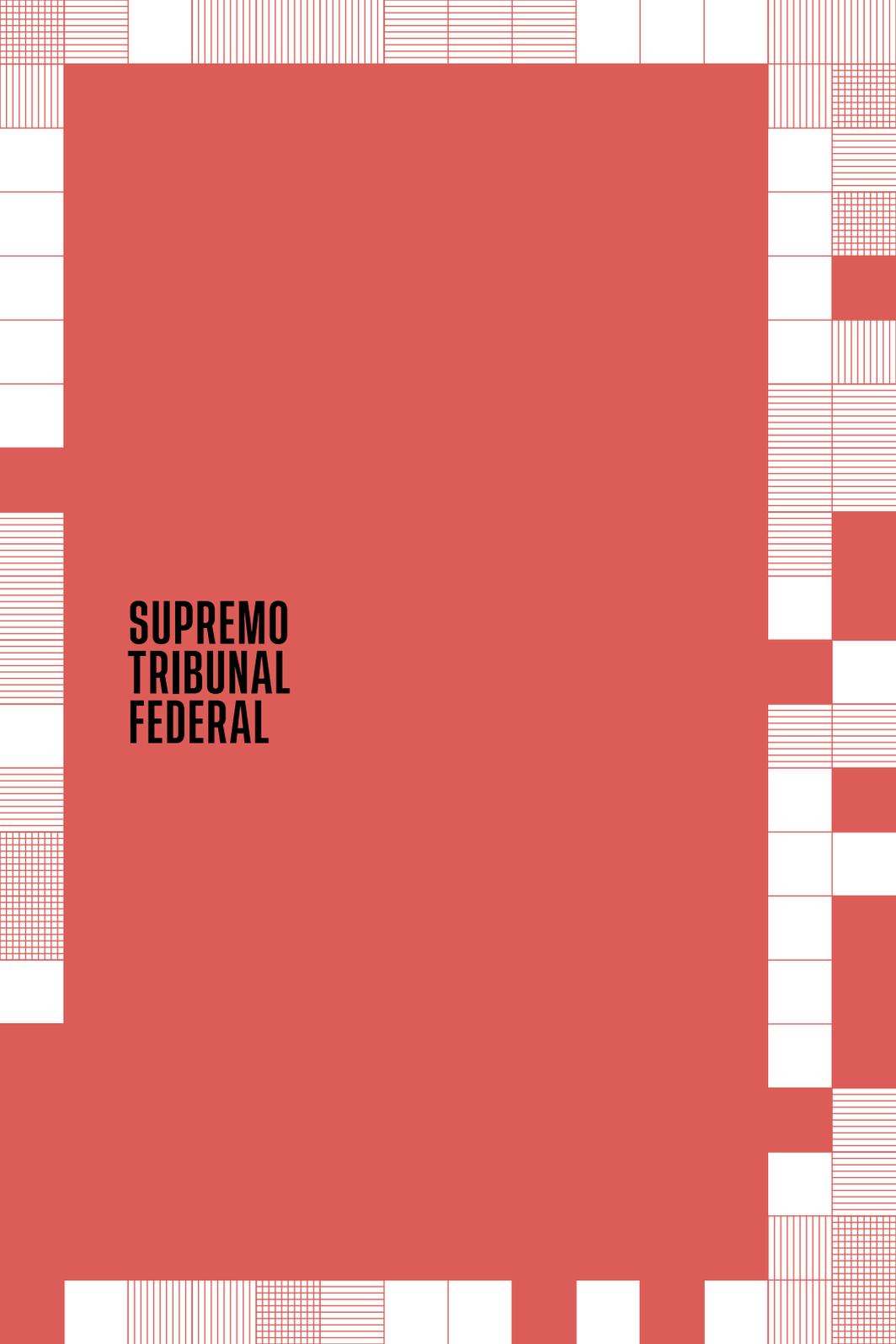


FIGURA 3. Distribuição temática das decisões no STF e no STJ, com divisão entre monocráticas e acórdãos

NOTA DE RODAPÉ

23 Informações sobre o levantamento das ações e critérios de exclusão daquelas consideradas impertinentes estão presentes na seção Metodologia.

The image features a solid red background. On the left and right sides, there are vertical strips of white grid patterns. These patterns consist of various grid densities and orientations, including horizontal, vertical, and diagonal lines, creating a complex, layered effect. The text 'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL' is positioned on the left side of the red area.

**SUPREMO
TRIBUNAL
FEDERAL**

A interpretação que o tribunal atribui ao conceito de prioridade absoluta depende do perfil dos casos que chegam até ele, pois esses casos conferem o pano de fundo jurídico e fático no qual a interpretação do direito ocorre. Por isso, é importante saber o que o tribunal decide para mapear e avaliar como ele o faz. O mapeamento de quais casos o tribunal decide, por sua vez, revela também o perfil histórico do litígio na temática, isto é, da mobilização de entidades de defesa de direitos extramuros.

No STF, entre 1988 e 2019, há um total de 4.138 decisões envolvendo questões substanciais de direito da criança e do adolescente. Destas, 474 são acórdãos e 3.664 são decisões monocráticas. Entre as decisões colegiadas, 420 foram proferidas por turmas e apenas 54 pelo Tribunal Pleno, isto é, pelo colegiado completo.

As ações em matéria de direito da criança e do adolescente são predominantemente de controle difuso. Isso significa que as ações chegam ao tribunal por meio de controvérsias concretas, por meio de *habeas corpus*, agravos em recurso extraordinário, recursos extraordinários e recursos em *habeas corpus*. É o que indicam os dois gráficos a seguir (FIGURA 4, FIGURA 5).

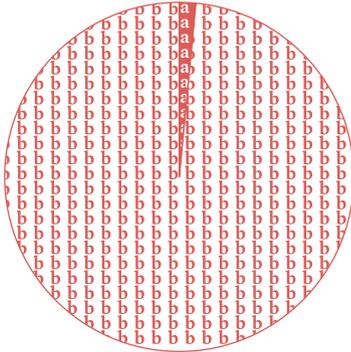
A grande maioria de decisões do tribunal, deste modo, foi proferida no contexto de um conflito de interesses subjetivos. Como consequência do predomínio de ações de controle difuso, a interpretação que o STF confere à prioridade absoluta está necessariamente constricta aos interesses do caso. O perfil do litígio, assim, parece impor uma limitação à capacidade de que o tribunal avance na utilização, caracterização e alcance da prioridade absoluta.



Distribuição temática (FIGURA 6)

Penal foi o tema mais frequente na jurisprudência do STF em matéria de direitos da criança e do adolescente, seguido de convivência familiar, políticas públicas e ato infracional. A matéria de convivência familiar teve uma expansão muito grande entre 2016 e 2019, em especial em razão do julgamento do HC 143.641, em fevereiro de 2018²⁴.

As proporções temáticas em decisões colegiadas e monocráticas são similares, com exceção das temáticas de políticas públicas e ato infracional. Entre as colegiadas, elas são, respectivamente, segunda e terceira temáticas mais frequentes. Já entre as decisões monocráticas, a segunda temática mais frequente é de convivência familiar, que é tão-somente a quarta temática mais frequente entre as decisões colegiadas. Isso se explica em razão



- A** **CONTROLE CONCENTRADO** 1%
- B** **CONTROLE DIFUSO** 99%

FIGURA 4. Tipo de decisão nas ações relacionadas a direito da criança e do adolescente no STF

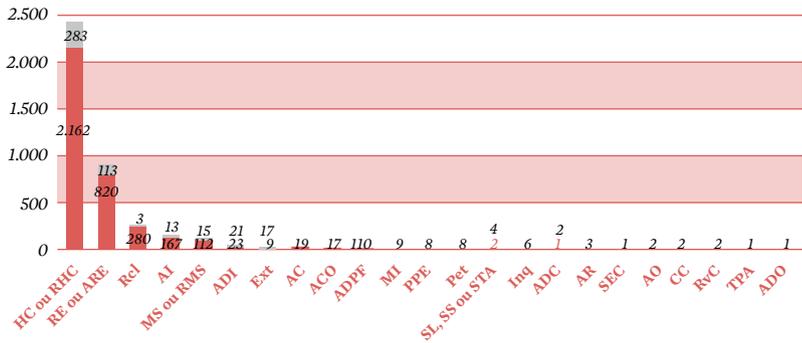


FIGURA 5. Distribuição das principais classes de ação no STF

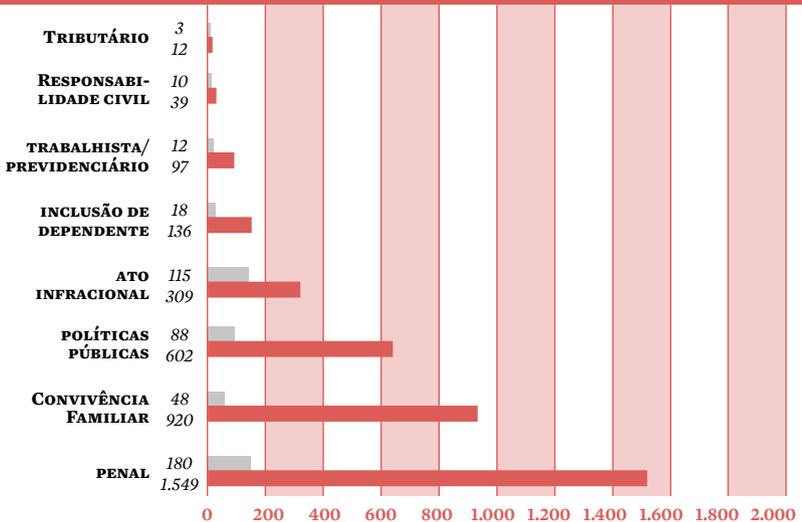


FIGURA 6. Distribuição temática das decisões no STF

de diversas decisões monocráticas em *habeas corpus* ou reclamações que invocam a jurisprudência assentada no HC 143.641 e, com isso, requerem a substituição de prisão preventiva por domiciliar.

Além de mais raras, as decisões em ações de controle abstrato estão concentradas em temáticas específicas. Ao relacionar as classes de ação com temáticas, é possível concluir que, das 59 ações de controle abstrato, 76,2% (45 ações) encontram-se na temática de políticas públicas. Dessas 45 ações, 29 (64,4%) relacionam-se à regulação de áreas como educação (12 ações), meios de comunicação (7 ações) e saúde (4 ações). O restante das ações que não envolvem políticas públicas relaciona-se aos temas trabalhista/previdenciário (6 ações), penal (4 ações), convivência familiar (2 ações), ato infracional (1 ação) e tributário (1 ação).

Entre as ações no tema de políticas públicas, seis tratam de obrigações ao poder público (três relativas ao atendimento de crianças e adolescentes, duas relativas à educação e uma relativa à saúde), seis decisões envolvem temática de destinação de recursos públicos (vinculação de receitas, destinação de recursos, repasses ou sequestro de verbas públicas), duas decisões encontram-se na categoria de atendimento à criança e ao adolescente (legitimidade da defensoria pública para garantir o acesso à justiça e garantia de fila preferencial) e outras duas relacionam-se a benefício assistencial (pensão mensal para crianças geradas a partir de estupro).

Evolução histórica

Analisando o decorrer dos anos (**FIGURA 7**), é possível observar um progressivo aumento no número de decisões na agenda de direito da criança e do adolescente. A figura 7 indica a evolução anual da quantidade de decisões en-

volvendo direito da criança e do adolescente, discriminada por tipo de decisão (monocrática ou colegiada). Nas decisões colegiadas, é possível verificar um crescimento que se manteve relativamente linear, com pequenas variações. Já as decisões monocráticas tiveram um primeiro salto significativo entre 2007 e 2010 e outro salto ainda maior entre 2015 e 2018.

O primeiro salto explica-se por um aumento na quantidade de decisões na temática de políticas públicas, especificamente em matéria de obrigações ao poder público nos temas específicos de educação (sobretudo vagas em escola ou creche) e saúde (fornecimento de medicamentos). O crescimento coincide com o momento de surgimento e estabilização da jurisprudência que consolidou a obrigatoriedade de oferecimento de vaga em creches e pré-escolas.

O segundo salto ocorre em razão de um novo crescimento na quantidade de decisões relativas a obrigações ao poder público, especificamente entre 2017 e 2018, em matéria de educação, bem como um exponencial crescimento na quantidade de decisões relativas à prisão domiciliar para garantia da convivência familiar de mães presas, a partir de 2018. O aumento na quantidade de decisões relativas a obrigações ao poder público na área de educação deve-se a um novo crescimento no número de decisões relativas à vaga em escola ou creche, bem como a um aumento das decisões relacionadas à inclusão em sala de aula. O aumento na quantidade de decisões na temática de inclusão coincide com o marco da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), Lei nº 13.146/2015, bem como com a posterior decisão da ADI 5.357, em 2016, na qual o tribunal reconheceu a obrigatoriedade de implementação de medidas de acessibilidade em escolas particulares.

A divisão do universo em intervalos de cinco anos²⁵ também reflete esse aumento progressivo.

Verifica-se que, entre 1988 e 1994, há apenas 10 decisões do plenário na temática de direito da criança e do adolescente – todas elas, cabe acrescentar, após o início da vigência do ECA (1990). Entre 1995 e 1999, há somente 27 decisões; entre 2000 e 2004, 91 decisões; entre 2005 e 2009, 294 decisões; entre 2010 e 2014, 874 decisões; e, por fim, entre 2015 e 2019, 2.842 decisões.

A **FIGURA 8**, a seguir, indica a evolução histórica das distribuições de temáticas.

As temáticas parecem ter um crescimento relativamente linear ao longo de cada quinquênio. As exceções parecem ser penal e convivência familiar, com aumento significativo entre 2010 e 2014 e entre 2015 e 2019, e políticas públicas, com aumento significativo entre 2005 e 2009 e entre 2010 e 2014, que acompanhou o crescimento do total de decisões de cada quinquênio. O aumento nas temáticas de políticas públicas e convivência familiar já foi anteriormente explicado. Já o aumento em ações na temática penal pode ter como hipótese explicativa a criação da defensoria pública em São Paulo, ocorrida em 2006.

Verificando-se a proporção que cada temática representa no total de decisões do quinquênio, chega-se à **FIGURA 9**. Ela aponta que decisões relativas a políticas públicas diminuíram proporcionalmente em relação ao total de decisões do quinquênio. Entre 2000 e 2004, elas representavam 45,09% do total do quinquênio. Entre 2015 e 2019, elas passaram a representar 10,27%. Em compensação, observa-se um aumento da proporção das temáticas de penal e, principalmente, de convivência familiar. Esta representava apenas 7,32% do total de decisões entre 2010 e 2014. No quinquênio entre 2015 e 2019, passa a representar 30,23%.

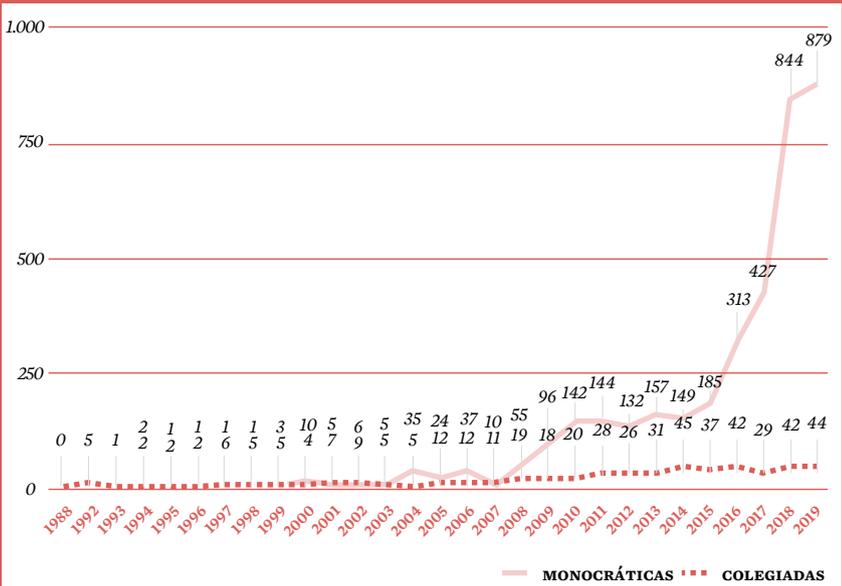


FIGURA 7. Evolução histórica das decisões relacionadas a direito da criança e do adolescente no STF

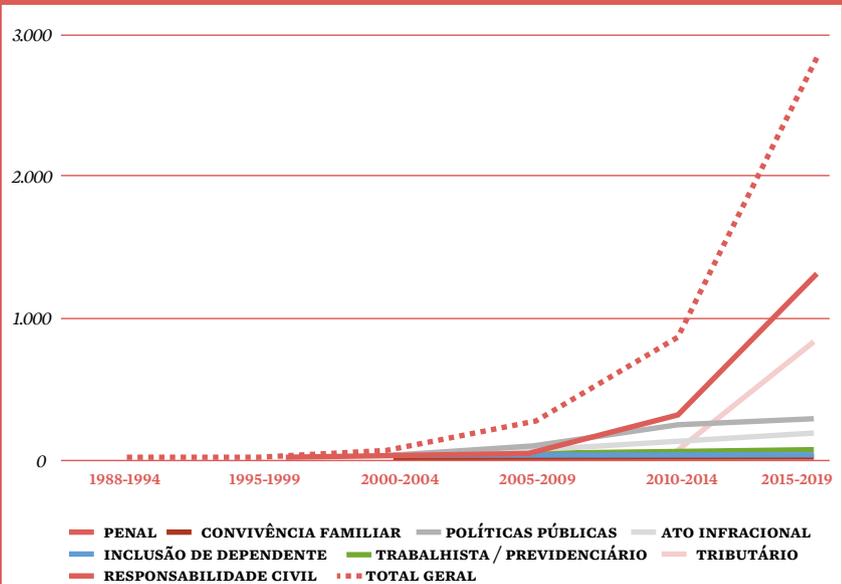


FIGURA 8. Evolução histórica da distribuição temática, por quinquênio, no STF

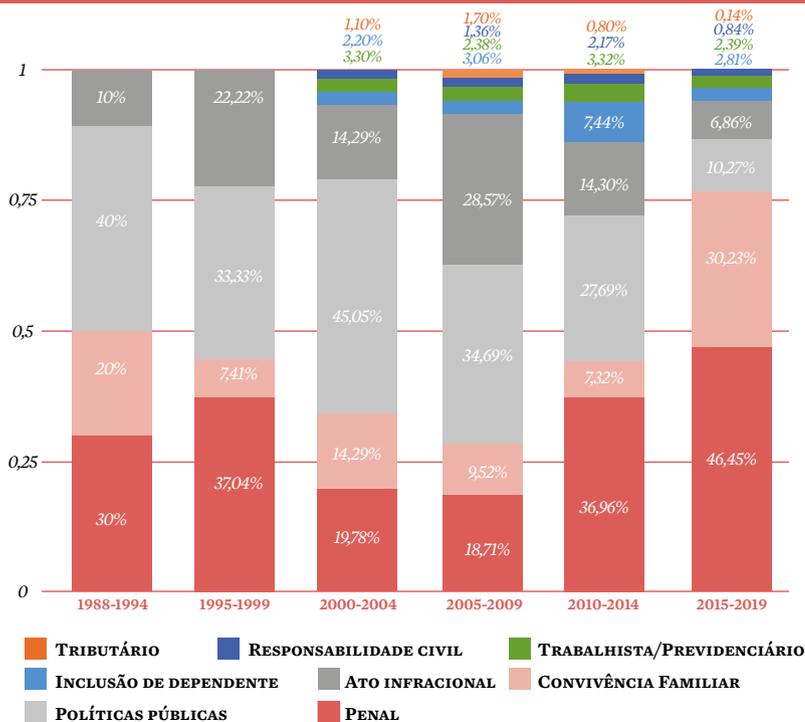


FIGURA 9. Proporção das categorias temáticas, por quinquênio, no STF

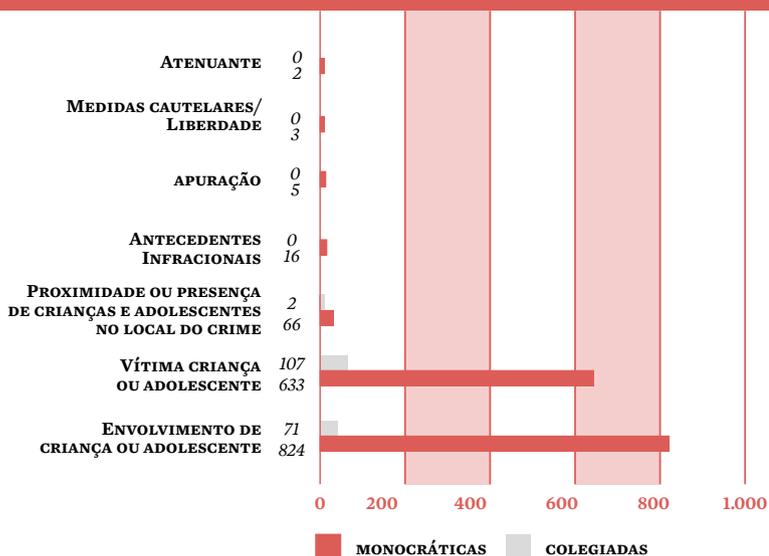


FIGURA 10. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema penal no STF

A INTERPRETAÇÃO DA PRIORIDADE ABSOLUTA POR TEMÁTICA

Penal

A maior parte das ações envolvendo criança ou adolescente no Supremo Tribunal Federal enquadra-se em matéria penal. Essa temática envolve apenas casos nos quais há aplicação da legislação penal e que, desse modo, não têm crianças e adolescentes como réus no processo. Apesar disso, há a presença ou menção a crianças e adolescentes no decorrer da decisão, e esse elemento influencia no processo²⁶. Das 4.138 decisões, 1.729 (42%) envolvem o tema penal. A **FIGURA 10** indica a distribuição dos subtemas.

Deste total, 51,71% consistem em ações nas quais há crime com envolvimento de adolescente, e 42,74% em ações nas quais há vítima criança ou adolescente. As demais categorias, somadas, representam apenas 5,54% do total na temática. Boa parte das decisões analisadas são monocráticas que se limitam a reafirmar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou o conteúdo da decisão do tribunal de origem. Há também decisões que apreciam recursos internos (agravo de instrumento ou embargo de declaração) ou pedidos de medida cautelar.

Entre as decisões em ações envolvendo vítima criança ou adolescente, incluem-se casos nos quais incide a circunstância agravante da pena prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal (CP). Para além desses casos, foram enquadradas nessa categoria algumas decisões, todas monocráticas, em ações penais que envolvem o crime de peculato. Ainda que não envolvam direito da criança e do adolescente, essas decisões reproduzem a afirmação (seja no relatório, seja no tribunal de origem) de que o desvio de verbas públicas seria prejudicial a crianças e adolescentes, por retirar recursos que poderiam ser canalizados em políticas

públicas em seu benefício. Há ainda nove casos nos quais as crianças não são diretamente vítimas, mas a decisão recorrida menciona como elemento a ser sopesado o fato de que o crime deixou crianças órfãs. Na categoria de crimes contra crianças ou adolescentes, predominam os crimes sexuais. É o que indica a **FIGURA 11**, a seguir.

É possível destacar, dentre as ações que têm como vítimas crianças ou adolescentes, duas decisões que admitiram a legitimidade do Ministério Público (MP) para ajuizar ação penal para crimes de atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos praticados antes de 2009, época em que a legislação penal exigia ação penal de iniciativa privada para esse tipo de crime²⁷. A consequência, para o caso, foi a aplicação retroativa de lei menos benéfica ao réu com fundamento na prioridade absoluta.

Até 2009, coexistiam dois crimes sexuais imputáveis a quem forçasse outra pessoa a praticar ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça: para quem forçasse outra pessoa a ter relações sexuais (praticar conjunção carnal), incidia o crime de estupro; já para quem forçasse outra pessoa a praticar atos invasivos sem relação sexual (qualquer outro ato libidinoso sem conjunção carnal), incidia o crime de atentado violento ao pudor. No caso de crianças ou adolescentes menores de 14 anos, a então redação do art. 214, parágrafo único, estabelecia a existência de presunção de violência. Essa figura abria espaço, no Judiciário, para averiguação do consentimento da vítima para afastar a presunção de violência e, com isso, a tipicidade do crime. Alteração legislativa de 2009 (Lei nº 12.015/2009) unificou os dois tipos penais no crime de estupro (art. 213, CP) e criou a figura do estupro de vulnerável, independentemente da verificação do consentimento da vítima. A mudança legislativa também alterou as regras de iniciativa para ação penal que denuncia indivíduo pela prática de estupro de vulnerável. Até 2009, quem

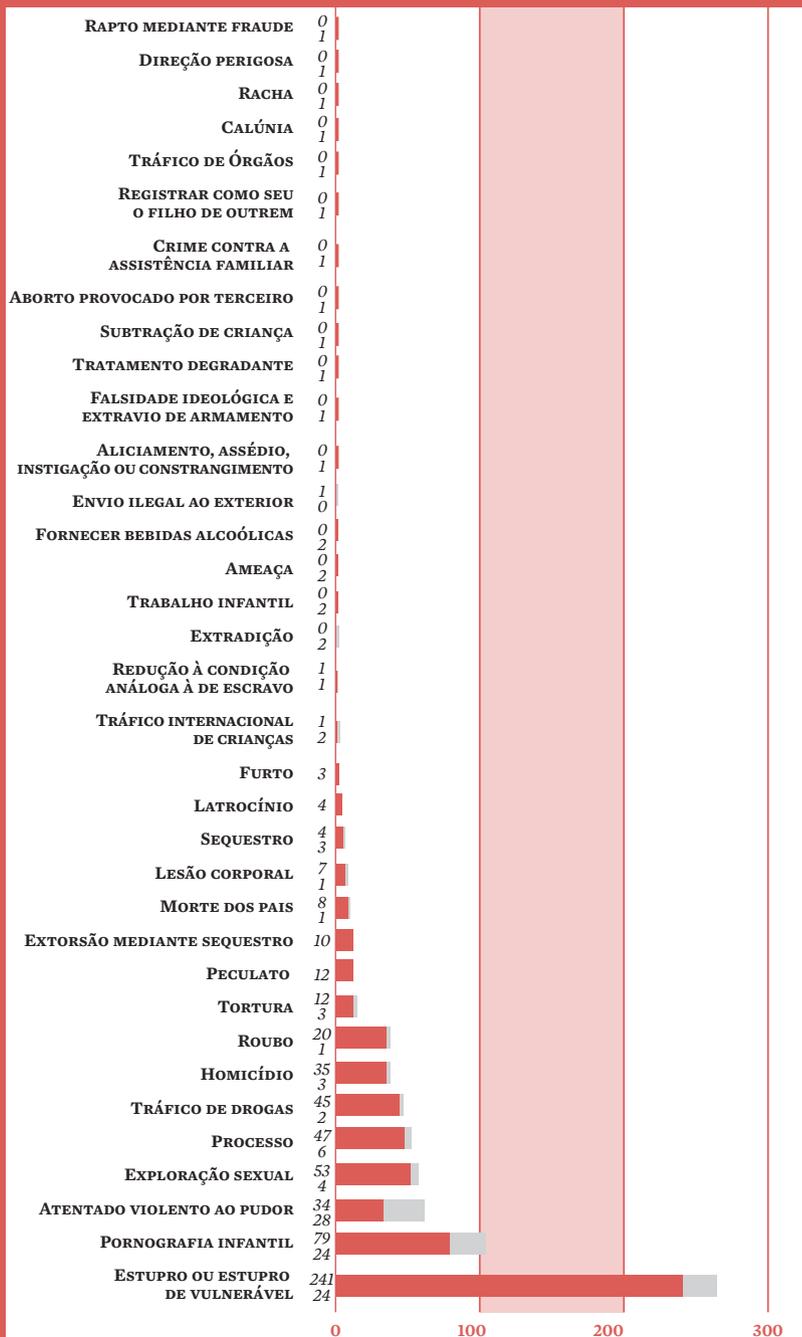


FIGURA 11. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema penal no subtema de vítimas crianças ou adolescentes no STF

■ MONOCRÁTICAS
■ COLEGIADAS

praticasse estupro ou atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos deveria ser denunciado por ação penal de iniciativa privada. Isso significa que caberia aos pais da criança ou do adolescente vítima do crime realizar a denúncia, salvo na hipótese em que o denunciado fosse pai, padrasto, tutor ou curador da vítima ou houvesse situação de miserabilidade. Com a mudança legislativa, que alterou a redação do art. 225 do Código Penal, a ação penal nesses crimes passou a ser de iniciativa pública. Com isso, a denúncia passou a depender exclusivamente do Ministério Público, independentemente da atuação dos pais ou das circunstâncias do crime.

Esse caso ilustra a utilização da prioridade absoluta para justificar a retroatividade de regra penal mais gravosa ao réu, bem como a generalização indevida de um precedente para situações distintas. O *leading case* parece ser a decisão do plenário em sede do HC 123.971. O caso consistiu em ação penal na qual o Ministério Público alegava que atos praticados pelo réu em 2007 se enquadrariam no crime de atentado violento ao pudor contra adolescente. No caso, o Boletim de Ocorrência foi apresentado pelo pai da vítima em 11/09/2007. Após inquérito, a queixa-crime chegou a ser apresentada, mas o MP manifestou-se pela rejeição e ofereceu denúncia por meio de ação penal pública. A queixa-crime foi rejeitada em junho de 2009, e a ação penal pública oferecida pelo MP foi recebida e prosseguiu. Apesar de os atos terem sido praticados antes do início da vigência da Lei nº 12.015/2009, e quando, portanto, o crime ainda estava subordinado ao rito da ação penal de iniciativa privada, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação com fundamento na incompatibilidade do art. 225 do Código Penal com a Constituição Federal, isto é, em sua não recepção. Contra essa decisão,

o réu impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal questionando a legitimidade do Ministério Público.

O relator, ministro Teori Zavascki, reafirmou jurisprudência recorrente no tribunal até então, no sentido da impossibilidade de aplicar uma regra mais gravosa ao réu a fatos anteriores à vigência da lei, diante do princípio da irretroatividade da lei penal mais grave (art. 5º, XL, CF), no que foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Voto divergente do ministro Edson Fachin, acompanhado por Rosa Weber, propôs que fosse seguido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de alterar a jurisprudência do tribunal para reconhecer a não recepção do art. 225 do Código Penal. De acordo com essa linha, em razão da prioridade absoluta prevista no art. 227 da Constituição Federal, o art. 225 do CP não teria sido recepcionado. Com isso, desde a Constituição Federal de 1988, a ação penal para crimes de atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos seria de natureza pública, e não privada. Diante da não recepção do dispositivo, valeria a regra geral do CP, segundo a qual crimes são de iniciativa pública incondicionada, salvo previsão em sentido contrário.

Contudo, venceu uma terceira corrente, capitaneada pelo voto do ministro Roberto Barroso e adaptada às particularidades do caso. Em seu voto, o ministro reconheceu que não era o caso de alterar a antiga e consolidada jurisprudência do tribunal no sentido da compatibilidade do art. 225 do Código Penal com a Constituição Federal. Também reconheceu que lei nova mais gravosa não poderia retroagir. Porém, pontuou que o caso contava com uma particularidade: houve oferecimento da queixa-crime pelo pai da vítima, mas a ação penal privada não foi recebida porque o Judiciário então entendeu que competiria ao Ministério Público o oferecimento da ação. A ação

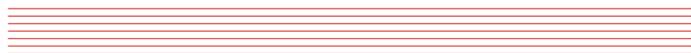
oferecida pelo MP prosseguiu, e a defesa do réu impetrou seguidos *habeas corpus* alegando a decadência da queixa-crime e ilegitimidade ativa do MP. Se reconhecida a aplicabilidade do art. 225 do Código Penal e, com isso, a ilegitimidade do Ministério Público, argumenta o ministro, a vítima ficaria desamparada, já que a queixa-crime não foi recebida pelo juízo de origem. Reafirmar a jurisprudência do tribunal neste caso, com isso, seria negar aplicação ao art. 227 da Constituição Federal, que estabelece a proteção integral de crianças e adolescentes. Por essa razão, o ministro defendeu que, nessa situação peculiar, a prioridade absoluta (art. 227, CF) teria o condão de afastar a aplicação do art. 225 do Código Penal, reconhecendo, excepcionalmente, a legitimidade ativa do Ministério Público para que a criança vítima não acabasse desamparada pelo ordenamento jurídico.

Decisão monocrática proferida no mesmo ano acabou por valer-se desse precedente para generalizar a conclusão de que, por força da prioridade absoluta, a tese do STJ estaria correta, e o MP teria legitimidade para oferecer denúncia mesmo em caso no qual jamais houve oferecimento de queixa-crime por representantes da vítima, mas tão-somente representação por meio de Boletim de Ocorrência.

Em precedente antigo (HC 70.389), que remonta a 1994, o STF assentou que comete o crime de tortura previsto no art. 233 do ECA policial militar que abuse de sua função, infligindo danos físicos a adolescente sujeito ao seu poder de coerção para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito.

Por impossibilidade de rever o conjunto fático-probatório, o STF já negou seguimento à ação que questionava prisão cautelar de indivíduo determinada com fundamento na proteção da ordem pública em razão de “tendência à recidiva ou mesmo vínculo com organização

espúria” do indivíduo supostamente relevada pelo envolvimento do réu na prática de atos infracionais quando adolescente. A decisão, nesse caso, levou em consideração ato infracional praticado durante a adolescência, com relação ao qual houve pleno cumprimento e extinção da punibilidade com a completude dos 21 anos, para justificar a imposição da privação cautelar de liberdade do réu adulto. Nesse caso, a jurisprudência a respeito da admissibilidade de recurso extraordinário foi obstáculo para reformar interpretação que parece partir de premissas incompatíveis com a prioridade absoluta²⁸.



Convivência familiar

A temática de convivência familiar é a segunda mais frequente no universo de decisões analisadas, mas, como já demonstrado na descrição do perfil geral do litígio, isso nem sempre foi assim. Houve um significativo aumento na quantidade de decisões no quinquênio 2015-2019.

A **FIGURA 12**, a seguir, indica a distribuição dos subtemas na categoria.

A distribuição de subtemas revela que a maioria avassaladora de decisões diz respeito à prisão domiciliar. Os demais subtemas, juntos, representam 22% da categoria de convivência familiar.

Do total de 968 decisões na temática de convivência familiar, 755 (77,9%) consistem em pedidos de prisão domiciliar. Dessas decisões, 3 envolvem pedido de prisão domiciliar de avó de crianças responsável por seus cuidados; 27 envolvem pedido de prisão domiciliar de pai de crianças, e 724, de mãe. A **FIGURA 13**, a seguir, indica a proporção, por quinquênio, de cada tema específico nas ações envolvendo convivência familiar.

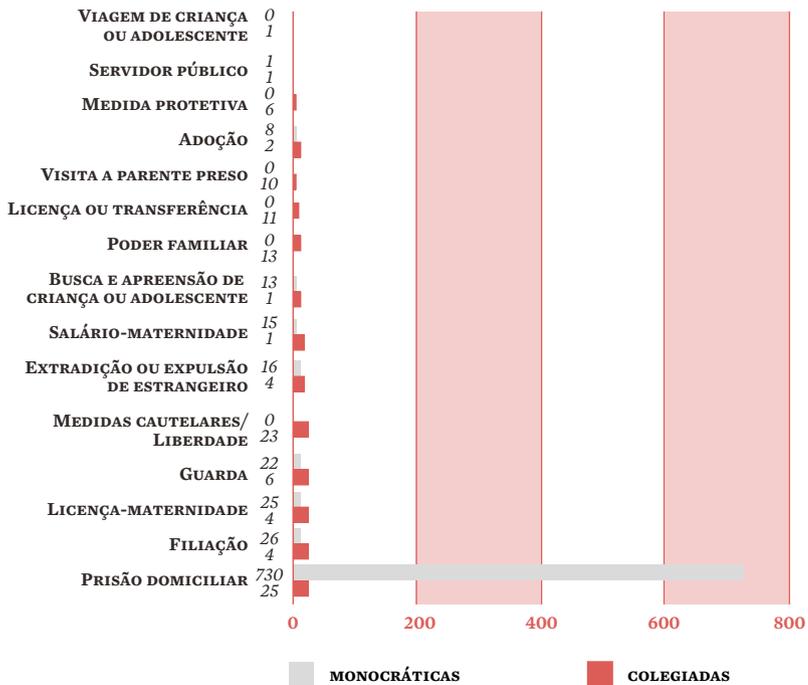
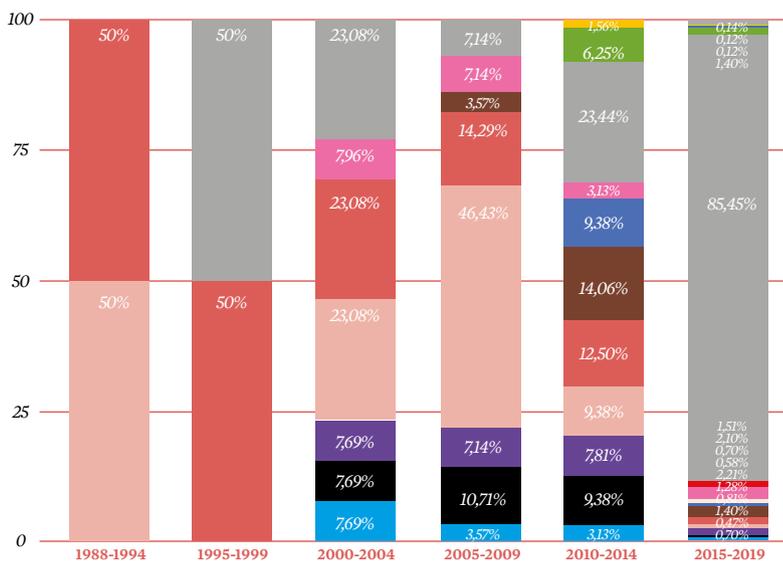


FIGURA 12. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema convivência familiar no STF



- VISITA A PARENTE PRESO
- SERVIDOR PÚBLICO
- PRISÃO DOMICILIAR
- MEDIDAS CAUTELARES/LIBERDADE
- LICENÇA OU TRANSFERÊNCIA
- BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE
- VIAGEM DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE
- SALÁRIO-MATERNIDADE
- PODER FAMILIAR
- MEDIDA PROTETIVA
- LICENÇA-MATERNIDADE
- GUARDA
- FILIAÇÃO
- EXTRADIÇÃO OU EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO
- ADOÇÃO

FIGURA 13. Proporção dos subtemas das decisões relacionadas ao tema convivência familiar, por quinquênio, no STF

A figura revela, mais uma vez, o exponencial crescimento de decisões relacionadas à prisão domiciliar. No intervalo entre 1988-1994, predominavam na categoria discussões a respeito de filiação (50%) e guarda (50%); no quinquênio 1995-1999, decisões em matéria de guarda (50%) e prisão domiciliar (50%); entre 2000 e 2004, houve uma diversificação na composição de ações, com destaque para aquelas relativas à guarda (23,08%), prisão domiciliar (23,08%) e filiação (23,08%). A diversificação aumentou entre 2010 e 2014, mas já havia indicação de um protagonismo de decisões sobre prisão domiciliar, com 23,44% do total das ações no quinquênio. Essas decisões passaram a representar quase 90% do total de decisões na categoria no quinquênio 2015-2019.



Prisão domiciliar e convivência familiar

Conjuntamente, as informações dos gráficos anteriores indicam que a expansão de decisões nessa categoria deve-se ao expressivo aumento de pedidos de prisão domiciliar com fundamento na necessidade de convivência familiar entre mãe e filho, e esse crescimento é um fenômeno recente. A **FIGURA 14**, a seguir, detalha o crescimento na quantidade de decisões relativas à prisão domiciliar, não por quinquênio, mas por ano.

No período de 27 anos decorrido entre 1988 e 2015, apenas 30 decisões foram proferidas na temática. Só em 2016, foram 38 decisões; em 2017, 61; em 2018, o número cresceu exponencialmente para 273 decisões, e, finalmente, em 2019, 353 decisões.

O crescimento exponencial da quantidade de pedidos de prisão domiciliar – em seus dois marcos: 2016 e 2018 – explica-se por duas razões. Até 2016, ainda que houvesse espaço para a concessão de prisão domiciliar dentro do livre

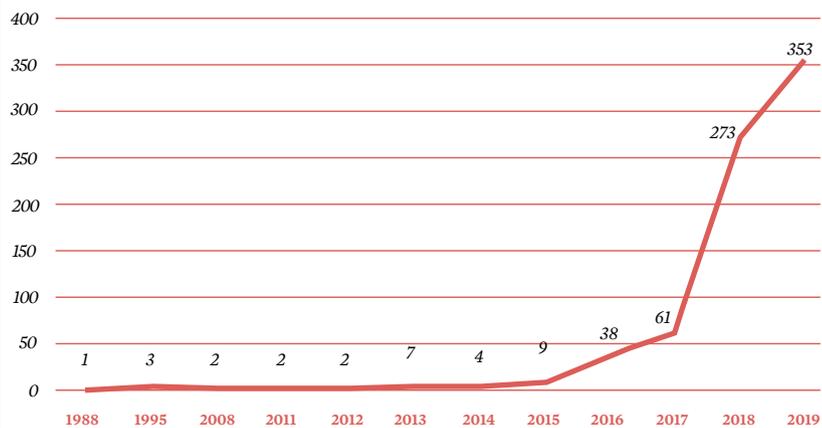


FIGURA 14. Evolução da quantidade de decisões relacionadas ao subtema prisão domiciliar ao longo dos anos no STF

convencimento do juiz, não havia determinação legal desse sentido. A Lei nº 12.403/2016 alterou a redação do art. 318 do Código de Processo Penal (CPP) para estabelecer que o juiz pode substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o agente for gestante, mulher com filho de até 12 anos incompletos ou homem, caso seja ele o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos.

A partir de 2018, o aumento exponencial no número de pedidos de prisão domiciliar foi consequência do julgamento do HC 143.641, relator ministro Ricardo Lewandowski, em fevereiro de 2018. Na ocasião, a Primeira Turma do STF determinou que a substituição da prisão preventiva por domiciliar prevista no art. 318 do Código de Processo Penal seria dever do magistrado, e não faculdade. O encarceramento de crianças, bem como a posterior separação das crianças de sua única referência de afeto, seria altamente prejudicial ao seu desenvolvimento, em violação à proteção integral prevista no art. 227 da Constituição Federal.

Com esse fundamento, concedeu o *habeas corpus* coletivo para a substituição da prisão preventiva por domiciliar a todas as mulheres presas preventivamente, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, salvo se a mãe cometeu crimes com violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes²⁹. A decisão também estendeu a ordem de ofício a adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, incorporando argumentação sustentada no memorial de *amicus curiae* do Instituto Alana.

Em despacho de acompanhamento, em sede do próprio HC 143.641, o ministro relator examinou um conjunto de casos concretos para detalhar suas considerações a respeito das condições para concessão da prisão domiciliar. Em se tratando de presa com condenação em segunda instância, mas não transitada em julgado, deve ser

aplicado o benefício da prisão domiciliar à paciente até o trânsito em julgado da condenação³⁰. Explicou, também, que o fato de a presa ter sido flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional ou traficando em seu domicílio não poderia ser obstáculo à concessão da prisão domiciliar, pois o argumento de que o tráfico colocaria a prole em risco não tem fundamento legal e é dissonante com o ideal encampado no *habeas corpus* coletivo. A suspeita de que a presa pudesse voltar à traficância também não poderia servir como obstáculo para deixar de aplicar a legislação. O cometimento de ato infracional quando criança ou a ausência de trabalho formal também não configuram situação excepcional³¹. A imprescindibilidade dos cuidados maternos, além disso, deveria ser inferida do relato da mãe e da própria condição de genitora, pois a convivência familiar é justamente o cerne da fundamentação da decisão³².

Há decisões monocráticas no próprio STF que, contudo, interpretam de modo mais restritivo o precedente do HC 143.641 e acabam por negar pedidos de prisão domiciliar a mães por motivos como a ausência de imprescindibilidade da mãe aos cuidados de seus filhos³³ ou a prática de tráfico em seu domicílio³⁴. Em negativas de prisão domiciliar em crime praticado no domicílio, há decisões de tribunais de origem que fazem menção a entendimento do STJ³⁵, segundo o qual a substituição pela prisão domiciliar não resguardaria o interesse das crianças na hipótese de crime praticado no próprio domicílio, a despeito de já haver posicionamento do relator do HC 143.641 indicando que a traficância no domicílio não é, por si só, fundamento para a conclusão de ausência de interesse da criança na prisão domiciliar.



Dez decisões presentes nessa temática envolvem discussão a respeito do direito de visita a parente ou genitor preso. Nessas poucas decisões que chegam ao STF, questões processuais acabam funcionando como obstáculos para a satisfação do direito de crianças realizarem visitas a parentes presos.

Das 10 ações, nove questionam decisões de tribunal de origem que negam o direito à visitação de apenados por crianças por meio de recursos extraordinários ou *habeas corpus*³⁶. Os recursos extraordinários na temática têm seu seguimento negado em razão da jurisprudência do STF, segundo a qual não cabe recurso extraordinário quando a ofensa à Constituição Federal é tão-somente reflexa ou oblíqua, pois isso exigiria análise de questões fáticas. Ou seja, neste último caso, entende-se que a vedação de visitas a genitor ou parente preso consistiria em ofensa tão-somente reflexa aos arts. 226 e 227 e que, por isso, não é passível de análise pelo STF por meio de recurso extraordinário. Já nos *habeas corpus* com essa temática que chegam ao STF, o tribunal costuma referendar a jurisprudência do STJ no sentido de que, como não há discussão direta a respeito da liberdade de locomoção, não cabe *habeas corpus* para discutir direito de visita a parente preso e, por isso, nega seguimento a recursos ordinários com *habeas corpus* com essa temática³⁷.

Esse entendimento acaba deixando ao largo da proteção constitucional crianças que têm tolhido seu direito a visitar genitores, irmãos ou demais parentes encarcerados. Isso porque as decisões atacadas reproduzem uma interpretação equivocada do direito à convivência familiar. Ao invés de ser visto como um direito da criança – nos termos do art. 19, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁸ –, o recebimento de visitas é visto como um direito ou benefício do apenado. O princípio da proteção integral e do

melhor interesse da criança, nas decisões dos tribunais de origem, é colocado como conflitante com o pretensão do apenado à visitação. Nesse conflito, prevaleceria a prioridade absoluta e a proibição das visitas, em defesa da “preservação da integridade física, moral e psicológica do menor”³⁹, porque “não se mostra prudente expor uma criança ao ambiente de uma penitenciária”⁴⁰ ou porque “o visitante é [...] adolescente de treze anos de idade, cujas relações e experiências influirão diretamente na sua formação [...] a balança deve pender em favor do adolescente, uma vez que o direito a um desenvolvimento mental saudável e à sua segurança sobrepõe-se ao direito de visita para a ressocialização do preso”⁴¹.

Em apenas uma decisão de *habeas corpus*, o relator negou seguimento ao acórdão, mas reconheceu o constrangimento ilegal e concedeu a ordem de ofício⁴². Trata-se do ARE 883.245, no qual a decisão atacada havia negado o direito à visita de dois filhos e três enteados ao paciente preso por mais de 10 anos, com a justificativa de que, ao sopesar o direito às visitas com o preceito da proteção integral, prevaleceria a proteção integral da criança, que desautorizaria a “exposição do menor de idade aos riscos inerentes aos estabelecimentos prisionais em dias de visita, notadamente quando não é apresentado qualquer motivo idôneo que justifique o deferimento excepcional da medida”. No STF, o relator concedeu a ordem de ofício para permitir a visitação. Contudo, mesmo nessa decisão, o cerne do fundamento não foi o direito da criança à visitação, mas sim o benefício das visitas à ressocialização do apenado. Sua decisão enfatizou o caráter ressocializador da prisão e os benefícios da convivência familiar e social ao apenado. Afirmou, ainda, que não procede o argumento da existência de local impróprio apto a causar pretensão risco às crianças. Isso porque, apesar do desajuste no sistema carcerário, considerando a importância das visitas

para a ressocialização, “cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes”⁴³.

Na categoria, também se inclui uma reclamação constitucional que teve o seguimento negado, também por razões processuais. A reclamação havia sido oposta em face da Portaria do Ministério da Justiça nº 157, que suspendeu visitas no pátio de visitação com contato físico de todos os apenados no Sistema Penitenciário Federal. Antes da portaria, as visitas ocorriam com contato físico. Após sua publicação, as visitas em presídios federais passaram a ser permitidas tão-somente por parlatório, isto é, por meio de vidro blindado e interfone ou por videoconferência. O reclamante argumentava violação ao entendimento da ADPF 347, que declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário. Entre os dispositivos constitucionais apontados como violados encontravam-se a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente. A reclamação, contudo, teve seguimento negado por decisão monocrática, com a justificativa de que os atos questionados não se ajustavam com exatidão e pertinência às razões do julgamento da ADPF 347⁴⁴.

Vedação à discriminação entre filhos adotivos e biológicos

O tribunal possui jurisprudência consolidada no sentido de que a Constituição Federal veda a discriminação entre filhos adotivos e biológicos, a partir de interpretação do § 6º do art. 227, segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações

discriminatórias relativas à filiação”. A primeira vez que o tribunal debruçou-se sobre o debate foi em 2002, em sede do HC 196.434. Na ocasião, o relator, ministro Moreira Alves, afirmou que:

Pois bem, na vigência da Constituição de 1988, editou-se a Lei nº 8069, de 13.7.1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou a lei 6697, de 10.10.1979, conhecida como Código de Menores. Colimadar “proteção integral à criança e ao adolescente”. [...] a modalidade de adoção regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante o citado Marco Aurélio Viana, “promove uma integração absoluta do adotado na família do adotante afastando-o em definitivo da família de sangue, de maneira irrevogável. Vence-se a limitação do vínculo de parentesco ao adotante e ao adotado, que tipifica a adoção civil, com ingresso completo do adotado na família do adotante. A finalidade do instituto é proporcionar uma relação jurídica de paternidade que se aproxima o mais provável daquele que envolve a prole biológica, que é concebida na instância do casamento”. [...] Escreve, no ponto, José Afonso da Silva: “O art. 227, § 6º, contém importante norma relativa ao direito de filiação, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos havidos ou não na relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas. Ficam, assim, banidas da legislação civil expressões como filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos, filhos incestuosos”.

O caso específico consistia em uma sucessão, na qual discutia-se se o filho adotivo teria direito à herança. Como a adoção havia ocorrido antes do início da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação anterior foi aplicada. Ainda assim, o tribunal afirmou que

a nova ordem constitucional veda a discriminação entre filhos adotivos e biológicos, os quais “terão os mesmos direitos e qualificações”.

O STF também reafirmou a vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação em sede do RE 898.060, julgado em setembro de 2016, no qual estabeleceu a possibilidade de reconhecimento de múltiplos vínculos parentais.

A decisão ressaltou que a Constituição Federal, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). A paternidade responsável impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.



Maternidade, convivência familiar e ambiente de trabalho

O STF também entende que a licença-maternidade tem como destinatário principal o filho ou filha, sejam eles adotivos ou biológicos. Com esse fundamento, ao lado da impossibilidade de discriminação entre filhos adotivos e biológicos, reconhece a possibilidade de aplica-

ção do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de modo a conceder licença-maternidade a mães adotivas, em igual prazo àquele concedido às mães biológicas. A decisão emblemática ocorreu no RE 778.889, julgado em março de 2016. A ementa explicitou que:

As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa.[...] Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas.

Com o mesmo fundamento e fazendo menção expressa ao RE 778.889, decisão monocrática também reconheceu possível a concessão do benefício de auxílio-maternidade a servidor adotante⁴⁵.

O tribunal também já admitiu a concessão do benefício de salário-maternidade à trabalhadora rural com idade inferior a 16 anos, idade mínima para que jovens se enquadrem na condição de segurados (i.e., entrem no regime da previdência) e, com isso, tenham direito ao benefício. Isso porque “o art. 7º, XXXIII, da Constituição não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para pri-

vá-los dos seus direitos”⁴⁶. O mesmo entendimento também é aplicado para genitoras indígenas menores de 16 anos, por decisões monocráticas⁴⁷.

Ainda no que diz respeito à proteção da maternidade no ambiente de trabalho, o STF entende que mulheres grávidas possuem estabilidade, isto é, proteção contra a dispensa arbitrária, desde o momento em que apresenta a gravidez do ponto de vista biológico. Isso porque a proteção contra dispensa arbitrária da gestante é direito social instrumental que assegura o exercício de diversos outros direitos da mulher – como a licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável – e da criança – efetiva e integral proteção ao recém-nascido e convívio integral com a mãe nos primeiros meses de vida. Seria irrelevante, deste modo, a prévia ciência da gravidez para ensejar a vedação à dispensa arbitrária⁴⁸.



Filiação e busca da identidade genética

O direito à busca da identidade genética é reconhecido como decorrência das previsões constitucionais dos arts. 226 e 227, § 6º, da Constituição Federal. Nessa temática, o STF reconheceu, em antigo julgado de agosto de 2003, que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de investigação de paternidade na hipótese de inexistência de defensoria pública no estado⁴⁹. Por ser direito intimamente ligado à proteção da infância, à dignidade humana e ao direito à filiação, a busca da identidade genética seria direito indisponível, tutelado pelo Estado, como indicado em trecho do voto do relator:

O planejamento familiar, embora livre, deve fundar-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Daí ser vedada, de forma expressa, a discriminação entre filhos havidos ou não da relação de casamento, e o reconhecimento de ser direito legítimo da criança saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º, 7º; 227, § 6º). [...] O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da república. O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim, é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate.

O STF também entende que regras processuais não podem se tornar obstáculos ao exercício do direito fundamental à identidade genética e garantia do exercício da paternidade responsável. O entendimento foi assentado no julgamento do RE 363.889⁵⁰, em junho de 2011. No caso, um indivíduo ajuizou uma ação de investigação de paternidade na qual, contudo, não foi possível produzir prova da filiação porque ele não tinha condições econômicas de arcar com os custos do exame de DNA, que não foi custeado pelo Estado. Tempos depois, ajuizou nova demanda, com pedido idêntico, na qual pretendia finalmente realizar o exame e produzir provas para a procedência. Essa nova ação, contudo, foi extinta com fundamento na coisa julgada. De acordo com a regra geral do Código de Processo Civil (CPC), é impossível repetir ação que já foi decidida de modo definitivo pelo Judiciário (art. 337, § 4º, CPC). No caso, para assegurar a realização do direito à identidade genética, o STF flexibilizou essa regra e reconheceu possível a propositura de ação com pedido idênti-

co se a anterior tiver sido frustrada pela impossibilidade de produzir provas.

Em precedente antigo⁵¹, o tribunal também já entendeu impossível que o Judiciário estabeleça, em ação de investigação de paternidade, determinação no sentido de o réu ser conduzido a laboratório “debaixo de vara” para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa ao fornecimento de prova deve ser resolvida no plano jurídico-instrumental.

Melhor interesse da criança ou do adolescente em disputas de guarda

As discussões sobre guarda esbarram, em geral, em obstáculos processuais de admissibilidade. Alguns recursos que invocam violação do art. 227 da Constituição Federal, mas, contudo, não são conhecidos por ausência de ofensa direta à CF. A consequência da negativa de seguimento é uma postura que privilegia a avaliação dos tribunais de origem ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito do que consiste no melhor interesse da criança, por entender que isso fundamenta-se em matéria fática não relacionada à interpretação do art. 227 da CF. Parece, assim, haver uma cisão entre o que é prioridade absoluta com estatura constitucional e o que é tão-somente uma interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A maior parte das ações na temática de guarda envolve conflitos de competência e disputas sobre a situação da criança no curso do processo de guarda. Nesses casos, o STF tem jurisprudência consolidada no sentido de que não é admissível a impetração de *habeas corpus* em favor de crianças cuja guarda esteja em disputa no juízo cível. Dos sete processos desse tipo, em seis o STF negou seguimento por entender ser impossível utilizar essa via processual para

discussão sobre guarda. Em um caso, contudo, a solução do tribunal foi diversa. Trata-se do HC 69.303⁵², *habeas corpus* impetrado em favor de adolescentes afetados por disputa de guarda. Na disputa, que ocorreu em meio à transição do modelo da situação irregular para o paradigma da proteção integral, o STF conheceu da ação e guiou sua decisão a partir da noção de melhor interesse, dando peso à declaração de vontade dos adolescentes envolvidos.

O caso chegou ao STF em 1992 e consistia em disputa pela guarda de três adolescentes, entre a mãe, que residia no interior do Rio de Janeiro, e o pai, que residia em Belo Horizonte (MG). O pai entrou com ação cautelar no juízo de Belo Horizonte pedindo a guarda dos filhos; o juiz da cidade deferiu liminar para que as crianças permanecessem com o pai, mas reputou-se incompetente e mandou remeter os autos ao juízo de Valença (RJ), onde residia a mãe. O pai chegou a recorrer da decisão, sem sucesso. O novo juízo cassou a liminar e deferiu a guarda das crianças à mãe. Em razão de percalços na carta precatória para sua busca e apreensão, contudo, as crianças permaneciam em Belo Horizonte, com o pai. Antes que a busca e apreensão ocorresse, o pai, seguindo inconformado, ajuizou nova ação de guarda no juízo de Belo Horizonte, e este proferiu decisão atribuindo a guarda provisória ao pai, praticamente revogando a decisão do juízo de Valença. Diante dessa disputa, o STJ foi provocado a decidir sobre o conflito de competência, decidindo em favor do juízo de Belo Horizonte. Contra essa decisão do STJ, os avós dos adolescentes impetraram *habeas corpus* perante o STF.

No início do julgamento, em abril de 1992, o relator votou no sentido de denegar o *habeas corpus* por entender que a decisão do STJ não caracterizava constrangimento ilegal ou abuso de poder. Após seu voto, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Marco Aurélio,

que devolveu o pedido de vista com voto divergente apresentado na continuidade do julgamento, em 30 de junho. O ministro entendeu configurado o constrangimento ilegal e afirmou que as crianças, e não os avós, deveriam ser tidos como pacientes no caso. No STJ, de acordo com o ministro, “questões processuais, alusivas à atuação de Juízos diversos e a envolver alegação de vício de procedimento, alijaram do cenário jurídico-constitucional a liberdade de ir e vir”. A opinião dos adolescentes, com isso, foi ilegalmente deixada em segundo plano.

Os demais ministros acompanharam a posição de Marco Aurélio, ressaltando a importância da manifestação dos adolescentes. Por maioria, concederam em parte o *habeas corpus* para fazer prevalecer o interesse das crianças, que gostariam de ser transferidas para a cidade da mãe e lá ficar até o deslinde do novo processo de guarda. Afirmou o ministro:

A ordem que concedo apenas implica o afastamento de qualquer ato de força que posso aniquilar a liberdade vedado no art. 227 da Constituição Federal, no art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que possa revelar-se em uma busca e apreensão dos menores. Longe fica de assentar a competência de juízo diverso daquele que o STJ definiu [...], e bem no sentido de ter em primeiro plano não as paixões combináveis que os pais até que demonstraram – há notícia de inúmeras medidas processuais intentadas –, mas sim a vontade dos hoje adolescentes que, inegavelmente, como proclamada pela corte superior, são destinatários de forte proteção a constitucional ficando a salvo de disputa entre os pais no que, infelizmente, não puderam manter a vida em comum, em família, e deixaram se envolver em clima indesejável. Parafraseando o relator do conflito de competência, é hora de os menores deixarem

de constar como apêndice ou menos consectários nas disputas judiciais entre adultos.

Ainda que a decisão seja importante por seu conteúdo e por ressaltar a primazia da manifestação de vontade dos adolescentes, é possível ver, pelo teor das manifestações, que elas são datadas. Ainda que considerem a prioridade absoluta, é recorrente o uso da expressão “menores” em referência aos adolescentes, o que indica a influência do paradigma anterior. Além disso, o ministro Francisco Rezek, em seu voto, faz considerações que parecem conectar o respeito à vontade dos adolescentes tão-somente por já se encontrarem em idade superior àquela, de acordo com seu juízo, em que já seriam capazes de exercer a razão em sua totalidade:

[...] não se pode, à luz da ordem jurídica vigente da República, querer limitar a liberdade de ir e vir de qualquer ser humano que já tinha acendido à idade da razão. A idade da razão não são 14 ou 16: são 6, 7 anos; é por aí que o ser humano se habilita dizer, com discernimento suficiente, o que deseja. É claro que sobre si pesam e pesarão, durante muitos anos mais, limitações resultantes da lei. Em inúmeras circunstâncias a liberdade de ir e vir do menor, a liberdade de ir e vir do adolescente e, sabemos todos, a do próprio adulto poderá ser limitada por um imperativo de ordem legal, que, nesse caso, entretanto, não encontro. O que me parece é que a vontade, livremente expressa por estes adolescentes, no caso concreto, é de permanência em determinado sítio, na companhia de um dos congênitos. Não encontro, no estado atual da controvérsia, o que autorize uma ação forçada para modificar esse quadro.

O que se infere dessa manifestação é que, ao menos para esse ministro, foi relevante a idade das crianças

envolvidas na disputa sobre guarda. Talvez, fossem elas crianças mais jovens, sua escuta, que é direito garantido pelo art. 100, XII, do ECA, não seria considerada em igual nível na aferição do melhor interesse.

Licença ou transferência de genitor

Há um pequeno conjunto de casos relacionados a pedidos de licença, por parte de servidor público, para acompanhamento de cônjuge (art. 84, § 2º, Lei nº 8.112/1990) ou para onde reside o grupo familiar (art. 36, III, “a”, Lei nº 8.112/1990).

Questões relacionadas à transferência de servidor público ou universitário para conviver com os filhos, assim como ocorre nos casos de visita a parente preso, têm, em geral, o seguimento negado por questões processuais, isto é, impossibilidade de rediscussão de matéria fática ou ausência de repercussão geral. A consequência prática dessas decisões é reafirmar as decisões dos tribunais de origem, seja negando a transferência ao servidor ou servidora⁵³ ou admitindo-a⁵⁴.

Um caso não envolvia pedido de transferência de servidor público, mas sim de estudante universitário, com fundamento no art. 49 da Lei nº 9.394/1996. Trata-se do RE 961.104, no qual o requerente pretendia transferir-se do curso de Medicina cursado na Universidade Federal da Paraíba (UFPB) para a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), localizada no Recife, cidade na qual residia e onde seu filho fazia tratamento médico. No pedido, argumentava a necessidade de estar perto da criança. O tribunal de origem negou o pedido, com o argumento de que a transferência não o faria deixar de se deslocar para a Paraíba, local de seu trabalho como servidor público. No STF, assim como nos demais casos, o recurso extraordinário teve seguimento negado por ausência de repercussão geral.

Expulsão de estrangeiro com prole brasileira

Com fundamento no direito à convivência familiar, o STF também já proibiu a expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido após a prática do delito⁵⁵. O ministro afirmou que:

tendo em vista a inquestionável vocação tutelar resultante das normas constitucionais que dispensam “proteção especial” tanto às entidades familiares quanto às crianças e adolescentes, é de acentuar-se que o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado ser essencial dar consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a esses postulados. Com efeito, essa visão em torno da matéria, ainda que desvinculada da questão pertinente à expulsão de estrangeiros, tem sido observada em diversos julgados emanados desta suprema Corte [...] cujas decisões têm assinalado, com particular destaque, a indeclinável obrigação estatal de respeitar e viabilizar a unidade do núcleo familiar e de tornar exequível a cláusula que assegura a crianças e adolescentes o direito à sua proteção integral.

Por isso, decorreria da previsão constitucional da proteção integral a crianças e adolescentes a necessidade de preservação do núcleo familiar, com conseqüente vedação à extradição ou expulsão de genitor estrangeiro. Apesar de, no caso, a criança ter nascido antes da prática do delito, o ministro ressaltou a necessidade de reconhecer esse direito inclusive em casos nos quais o filho brasileiro tenha sido concebido e/ou nascido após o fato que motivou a expulsão, citando diversos precedentes do STJ neste sentido⁵⁶.

No STF, a discussão a respeito da possibilidade de expulsão de estrangeiro teve repercussão geral conhecida e

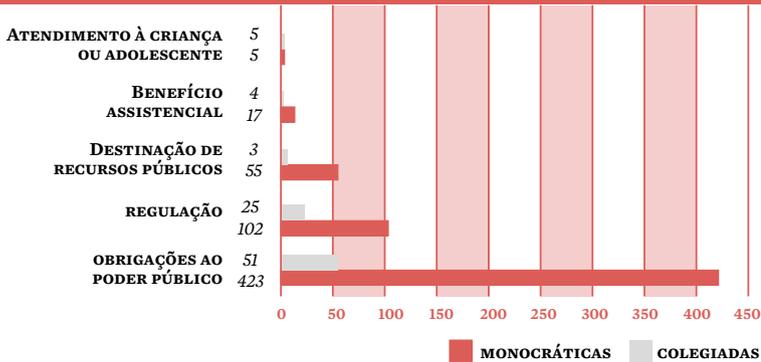


FIGURA 15. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no STF

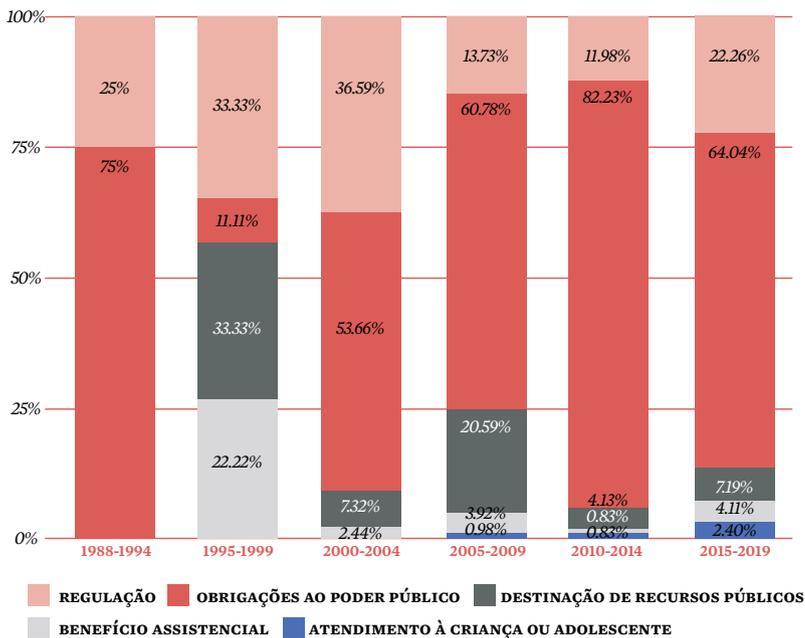


FIGURA 16. Proporção dos subtemas das decisões relacionadas ao tema políticas públicas, por quinquênio, no STF

juízo iniciado, mas até dezembro de 2019 ainda não havia tido o julgamento finalizado⁵⁷. Já há, contudo, súmula do tribunal estabelecendo que “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com Brasileira, ou que tenha filho Brasileiro, dependente da economia paterna”⁵⁸.

Políticas públicas

Na temática de políticas públicas, predominam ações relacionadas à imposição de obrigações ao poder público. É o que indica a distribuição temática na **FIGURA 15**, na página anterior.

A **FIGURA 16** indica a proporção que cada subtema representa, com relação ao total de ações na temática, por quinquênio. Ela revela que o subtema de imposição de obrigações ao poder público é proporcionalmente o mais frequente em todos os quinquênios, exceto 1995-1999, no qual há prevalência de decisões a respeito de destinação de recursos públicos e regulação⁵⁹.

A seguir, serão apresentados, por tópicos, os principais entendimentos consolidados pelo STF na temática ao interpretar o direito da criança e do adolescente e sua proteção integral.



OBRIGAÇÕES AO PODER PÚBLICO

A maior parte das decisões na temática de políticas públicas impôs obrigações ao poder público em casos que envolviam crianças ou adolescentes. A atribuição deste dever à Administração está em consonância com a primazia de crianças e adolescentes como destinatários de políticas públicas, ainda que nem sempre esse conceito seja expressamente evocado.

Esse subtema representa 68,6% do total de ações. O segundo subtema mais frequente, com 18,4%, diz respeito

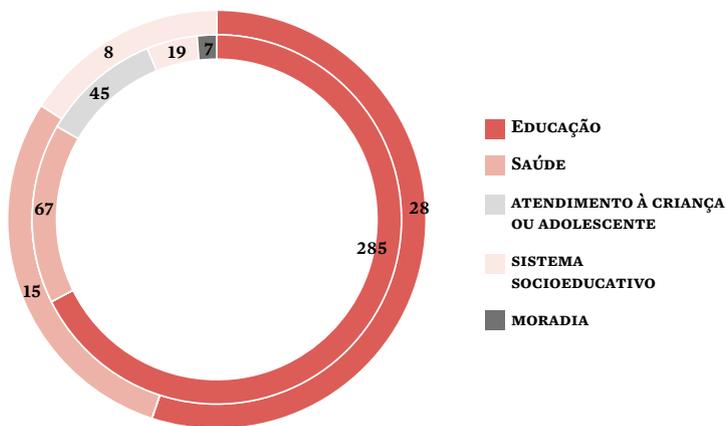


FIGURA 17. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no subtema obrigações ao poder público no STF

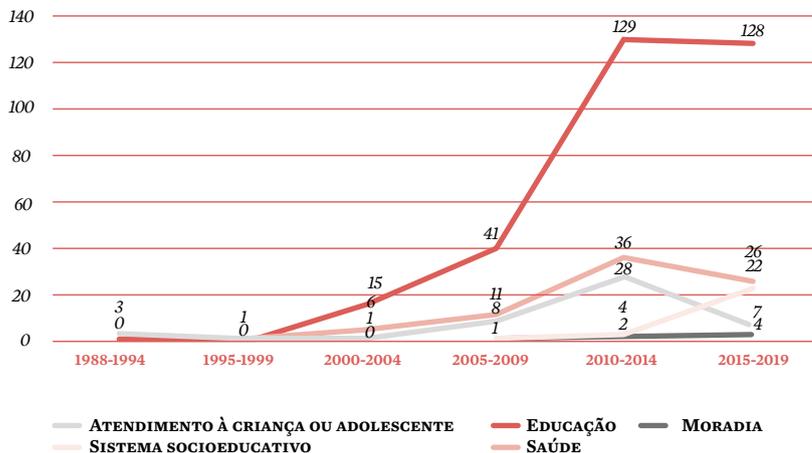


FIGURA 18. Evolução dos assuntos das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no subtema obrigações ao poder público, por quinquênio, no STF

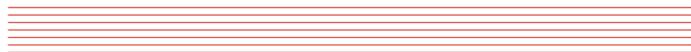
to à regulação de atividades privadas, tendo em vista a proteção de crianças e adolescentes, e será analisado na seção seguinte.

A **FIGURA 17**, na página anterior, indica a distribuição dos assuntos nas decisões categorizadas no subtema de obrigações ao poder público. O círculo externo indica a distribuição dos temas em decisões colegiadas; o círculo interno indica a distribuição dos temas em decisões monocráticas.

Como indicado anteriormente na **FIGURA 17**, as decisões relacionadas à imposição de obrigações ao poder público subdividem-se em: educação, saúde, atendimento à criança ou adolescente, sistema socioeducativo e moradia.

Como o subtema de obrigações ao poder público é o mais frequente, é interessante averiguar a evolução dos assuntos que o compõem, indicada na **FIGURA 18**, na página anterior.

A **FIGURA 18** indica que houve um pico na quantidade de decisões relacionadas a obrigações ao poder público na área da educação entre 2005 e 2009 e entre 2010 e 2014, com estabilização no período de 2015 a 2019. O mesmo pode ser dito quanto a decisões relacionadas a obrigações de garantia da saúde de crianças e adolescentes. Já no que diz respeito a obrigações de garantia da estrutura de atendimento à criança e ao adolescente (como vaga em programas sociais, por exemplo), foi possível observar um aumento a partir do quinquênio 2005-2009, seguido de queda no quinquênio 2015-2019.



Judiciário pode impor obrigações à administração pública

Seja na imposição de obrigações para a proteção da saúde da criança, seja para garantia do direito à educação ou em determinação de adequações na estrutura de assistência à criança ou adolescente, o STF possui jurisprudência conso-

lidada no sentido de que não viola a separação de Poderes a imposição de obrigações ao administrador público, se isso ocorrer para a realização de obrigação constitucionalmente estipulada. As decisões são, em geral, sucintas e tão-somente reafirmam o posicionamento do juízo de origem no sentido da necessidade de garantia do direito em questão.

Vaga em pré-escolas e creches

Entre as decisões no subtema de obrigações ao poder público, 238 tratavam de obrigatoriedade no fornecimento de vaga em escola ou creche. As decisões, em geral, assentam jurisprudência tida como consolidada no sentido de que não viola a separação de Poderes a imposição de obrigações à administração pública de aplicar recursos para realizar determinações constitucionais. Ainda que, ao reconhecer a possibilidade de imposição de obrigações ao poder público, as decisões reconheçam indiretamente a primazia de crianças e adolescentes em políticas públicas, essa questão não é enfrentada ou suficientemente desenvolvida.

O colegiado do tribunal debruçou-se sobre a questão pela primeira vez em 2005, quando a Segunda Turma julgou o RE-AgR 410.715, decidindo com fundamento na prioridade absoluta.

A Primeira Turma do STF também já reconheceu a existência de direito subjetivo ao fornecimento de vaga em creche, a exemplo do julgamento do RE 554.075⁶⁰. Disso decorre a chamada autoaplicabilidade do direito a vagas em pré-escolas e creches prevista no art. 208, IV, da Constituição Federal. Ou seja, que indivíduos podem acionar o poder público local para exigir que lhes seja garantida vaga em escola ou creche.

No ARE-AgR 639.337, julgado em 2011⁶¹, decisão da Segunda Turma aprofundou o desenvolvimento da noção de prioridade absoluta em casos relacionados ao fornecimento de vaga em creche ou pré-escola, estabelecendo que a reserva do possível não pode ser invocada para eximir-se do cumprimento de obrigações constitucionais:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A própria Constituição Federal, na hipótese, representaria limitação à discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções no atendimento de crianças e adolescentes não podem ser exercidas de modo a comprometer a eficácia do direito básico à educação.

O plenário do STF, contudo, jamais se posicionou sobre o tema. A controvérsia vem do fato de que a CF estabelece, no art. 208, I, que o Estado tem dever de efetivar o direito à educação mediante a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito”. Contudo, ao falar do ensino infantil no art. 208, IV, estabelece o dever de “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos”, sem menção expressa à obrigatoriedade. Esse raciocínio dá abertura para que o poder público argumente que só existe direito subjetivo à vaga em escola para se eximir do dever de fornecer vagas em creches e pré-escolas. É o que ocorre em sede do RE 1.008.166, paradigma de repercussão geral (Tema 548)

que até o fechamento desta pesquisa aguardava julgamento e teve repercussão geral reconhecida em 2012. É com esse argumento que o município de Criciúma (SC) questiona, no caso, a condenação ao fornecimento de vaga em estabelecimento de educação infantil. O recurso até o fechamento desta pesquisa aguardava julgamento do plenário do tribunal.

Na ausência de pronunciamento do plenário, há decisões que determinam o sobrestamento da matéria para aguardar julgamento e fixação de tese de repercussão geral⁶². Há, por outro lado, ministros que decidem recursos monocraticamente assentando o direito subjetivo e autoaplicável à vaga em creche⁶³. Em outras situações, em razão da demora do STF em apreciar o pedido, a ação perde objeto porque decisão do STJ acaba por satisfazer a demanda e deferir o pedido de abertura de vaga na creche⁶⁴.

Em um caso, o STF considerou possível determinação de atendimento ininterrupto em creches e pré-escolas. Trata-se do ARE 1.034.954, de relatoria do ministro Marco Aurélio. No caso, o município oferecia atendimento em menor escala no período de recesso mediante unidades de ensino determinadas “polos”, mas esse atendimento era insuficiente e contava com lista de espera. O tribunal de origem havia determinado a obrigatoriedade de atendimento pré-escolar ininterrupto, diante da ausência de fornecimento de unidades de ensino suficientes. O ministro negou seguimento ao recurso e, reproduzindo trechos da decisão atacada, enfatizou a obrigação constitucional de garantia do ensino infantil e da prioridade absoluta de crianças⁶⁵.

Adequações na estrutura do sistema socioeducativo

Também com fundamento na possibilidade de imposição de obrigações ao poder público, o STF entendeu possível determinações de obrigação de providenciar transpor-

te escolar gratuito⁶⁶, reforma geral em escola, incluindo instalações hidráulicas e elétricas⁶⁷ e correção em irregularidades de segurança e salubridade⁶⁸.

No que diz respeito à adequação da estrutura escolar para inclusão de pessoas com deficiência, o STF já considerou possível a determinação de reforma para corrigir irregularidades físicas e problemas de acessibilidade a pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida⁶⁹, disponibilização de ensino médio domiciliar para crianças com deficiência⁷⁰, inserção de criança em programa de transporte especializado para deslocamento de criança com deficiência para a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae) do município⁷¹ e contratação de profissional (monitor ou cuidador) para atendimento à criança com deficiência⁷².

Desafios à interpretação do dever de fornecimento de vaga em escola e creche

A despeito da jurisprudência consolidada sobre a possibilidade de imposição de obrigações ao poder público, foi possível encontrar decisões discrepantes, representando desafios ao paradigma que privilegia a execução de políticas públicas constitucionais para satisfazer os direitos constitucionalmente garantidos a crianças e adolescentes, com prioridade absoluta. Essa discrepância parece ser influenciada por quatro elementos: 1) o modo como decidiu o juízo de origem, bem como a jurisprudência processual do tribunal segundo a qual não se admite recurso extraordinário; 2) casos nos quais há tão-somente ofensa indireta ou oblíqua a dispositivo constitucional; 3) casos que demandam o revolvimento de matéria fática ou legislação infraconstitucional (Súmula 279/STF); 4) contra decisões que não estão suficientemente fundamentadas (Súmula 248/STF).

Na temática relacionada ao fornecimento de monitores especiais para pessoas com deficiência em sala de aula, há decisão discrepante. Trata-se do RE 909.983, no qual o tribunal de origem concluiu pela impossibilidade de designação de monitores em escola estadual. Na decisão, o tribunal afirmou que cabe à administração fixar a lotação de seus servidores, e a demanda por serviços do estado é superior à capacidade de provê-la. Diante desse contexto, feriria a isonomia o favorecimento de um “grupo de crianças especiais” em prejuízo de outras crianças “que, igualmente, demandam cuidados diferenciados”. A decisão também levou em conta o fato de que a administração pública estaria buscando, dentro do possível, adotar medidas para adequação de sua estrutura, pois comprovava que já havia contratado três monitores para esse estabelecimento. Reproduzindo os fundamentos da decisão de origem, a decisão monocrática da ministra Cármen Lúcia concluiu não caber ao Judiciário avaliar a conveniência e oportunidade do exercício discricionário da administração na lotação de servidores, bem como que o tribunal de origem não reconheceu ilegalidade a ser rebatida pelo Poder Judiciário. Na decisão, também afirmou que, para discordar do juízo de origem, precisaria adentrar em questões fáticas e análise de legislação infraconstitucional, o que não se admite pela Súmula 279/STF⁷³.

Situação similar ocorreu na temática de fornecimento ininterrupto de ensino infantil. Em sede do RE 1.171.643, decisão monocrática negou seguimento a recurso extraordinário que requeria o funcionamento ininterrupto de creches e pré-escolas municipais, inclusive nos períodos de recesso e férias, questionando decisão de origem que havia negado o pedido. A parte alegava que os pais dependiam desse serviço público, sob pena de deixarem seus filhos sozinhos ou perderem seus empregos. Seguin-

do a decisão do tribunal de origem, decisão monocrática do STF entendeu que, como foi cumprida a carga horária mínima prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei nº 9.394/1996, não há comprometimento do direito à educação. O eventual funcionamento ininterrupto das instituições educacionais, por isso, estaria na órbita da discricionariedade do Poder Executivo, sem a possibilidade de ingerência do Judiciário⁷⁴.

É também o caso do RE 1.044.478, no qual a ministra Rosa Weber acabou por reconhecer que, havendo fila de espera e não tendo o tribunal de origem afastado o dever do Estado, a determinação judicial de imediata matrícula de criança inscrita em lista desrespeitaria a isonomia. No recurso extraordinário, a decisão monocrática limita-se a retomar as razões de origem e negar seguimento com base na Súmula 248/STF, segundo a qual “não cabe recurso extraordinário quando a deficiência de fundamentação não permitir exata compreensão da controvérsia”⁷⁵.



Direito à saúde

Na garantia do direito à saúde, o STF já aplicou a jurisprudência a respeito da possibilidade de imposição de obrigações ao poder público para fornecimento de fraldas descartáveis à adolescente com paralisia cerebral, tetraparesia espástica e déficit cognitivo⁷⁶, internação de criança em UTI pediátrica⁷⁷, fitas para exame de glicemia em criança⁷⁸, elaboração de plano municipal de controle da tuberculose⁷⁹, bem como ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais⁸⁰.

Os dois últimos casos listados, de relatoria do ministro Celso de Mello, possuem o argumento de que a reserva do possível não pode servir como pretexto para que o poder público se exima de obrigações constitucionalmente previstas:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

O STF também já reconheceu a possibilidade de total isenção de tarifa de eletricidade a adolescente que necessitava de cuidados especiais, com a utilização diária de aparelhos com alto consumo de energia. O caso envolvia adolescente que, em razão de enfermidade, permanecia sempre deitada, com frequentes ulcerações na pele, razão pela qual o uso contínuo do aparelho de ar condicionado era essencial para melhorar sua qualidade de vida. A empresa prestadora do serviço público alegava que a tarifa social de energia elétrica não garantia isenção de 100% da tarifa de eletricidade. O tribunal de origem concedeu a isenção total, diante da ausência de condições financeiras para arcar com os custos da energia elétrica, e o STF referendou a decisão negando seguimento ao recurso. O STF reproduziu trechos da decisão do tribunal de origem que, com fundamento na noção de proteção e bem-estar da adolescente enferma, determinou a total isenção da tarifa de eletricidade⁸¹:

A irrisignação não merece prosperar. Verifica-se que o Tribunal de origem, ao apreciar a apelação, asseverou (eDOC 2, 152-154): A Constituição Federal elegeu determinadas áreas como prioritárias, a exemplo da saúde, educação e segurança, mas o legislador constituinte elegeu como a prioridade maior a criança e o adolescente, conforme narrado no art. 227 [...] Como já analisado nes-

ta Corte, inclusive em outras ocasiões, há a necessidade de flexibilizar a legislação do setor elétrico para preservar o princípio da dignidade da pessoa humana e, principalmente, a vida e a saúde da criança, que goza de prioridade absoluta, nos termos do que estabelece a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Estrutura de atendimento à criança e ao adolescente

No que diz respeito à estrutura de atendimento à criança e ao adolescente, o tribunal referendou decisões que determinam a construção de casa de passagem⁸² ou instituições de abrigo⁸³. Também referendou a adequação de estrutura mínima em uma unidade do Conselho Tutelar que não contava com vigilante, nem pessoal para serviços gerais, tampouco sede própria exclusiva ou banheiro⁸⁴. Há decisões que referendaram a determinação de criação de vaga em programa social. Entre programas sociais, há diversas decisões relativas ao fornecimento de vagas no programa de atendimento de vítimas de exploração ou violência física, sexual e/ou psicológica do município de Florianópolis (SC) em parceria com o governo federal (Programa Sentinela – Projeto Acorde), com a necessária contratação de pessoal especializado para a viabilização dessa finalidade⁸⁵, e uma decisão relacionada ao programa de auxílio, orientação e tratamento de crianças e adolescentes dependentes de substâncias químicas, visando a proteger sua saúde⁸⁶.

Adequações na estrutura do sistema socioeducativo

O mesmo entendimento a respeito da possibilidade de imposição de obrigações à Administração Pública é rea-

firmado em recursos extraordinários interpostos pelo poder público contra decisões de tribunais de origem que, em sede de ação civil pública, impõem a obrigação de adequação em instalações ou correção de irregularidades em unidades de internação.

Essas decisões afirmam que adolescentes têm direito de cumprir medidas socioeducativas em estabelecimento apropriado. Disso decorre, de início, que adolescentes não podem cumprir medidas socioeducativas em unidade policial, tampouco em qualquer outra instalação na qual dividam espaço com adultos⁸⁷. Com esse fundamento, decisões já referendaram a obrigação de disponibilizar vaga em unidade de internação⁸⁸ e obrigação de organizar e fornecer recursos materiais e humanos para a manutenção de local destinado ao acolhimento institucional de crianças e adolescentes⁸⁹. Decisões também referendaram a obrigação de instalar câmeras de monitoramento⁹⁰, realizar reforma para adequar instalações às condições de acessibilidade⁹¹, bem como criar quadro de servidores⁹².

No julgamento do RE-AgReg 1.155.959, voto do ministro Marco Aurélio partiu da semelhança entre o sistema socioeducativo e o sistema penitenciário nacional para, valendo-se da noção de estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, concluir pela possibilidade de intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas em unidades de internação. Na ocasião, o ministro também fez menção à Tese 220 de repercussão geral, fixada em caso sem relação com direito da criança e do adolescente⁹³, segundo a qual:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade

da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação.

O julgamento do já mencionado HC 143.641 também abarcou adolescentes grávidas ou mães de crianças de até 12 anos, que, com isso, tiveram reconhecido, a partir de 2018, o direito à prisão domiciliar. Antes dessa decisão, o STF já havia reconhecido a constitucionalidade de decisão que impõe ao poder público a obrigação de adequar o espaço de unidade de internação a socioeducandas grávidas e lactantes⁹⁴.

Em decisão de 2015, o STF também anulou provimento do Conselho Superior da Magistratura paulista que tolerava superlotação em unidades de internação. Essa resolução permitia a admissão de adolescentes em unidade de medida socioeducativa com capacidade máxima atingida. Contudo, a decisão do STF, de relatoria do ministro Dias Toffoli, não teve por fundamento a prioridade absoluta, mas sim a usurpação da competência do Poder Executivo para gerir a ocupação das unidades de medidas socioeducativas e operar transferências e remoções de socioeducandos⁹⁵. Isso porque, na concepção do ministro relator, ao Judiciário caberia determinar a medida restritiva de liberdade e fiscalizar sua execução, enquanto que ao Executivo incumbiria a gestão do sistema no qual tais medidas serão cumpridas. Concordando ou não com as questões formais em jogo, parte de suas afirmações, inclusive, parecem ir na contramão do que se esperaria da aplicação do preceito de prioridade absoluta. Em seu voto, o ministro afirmou que:

Não se ignora que é a busca da defesa dos melhores interesses dos adolescentes que deve nortear todos os procedimentos, quer de ordem administrativa, quer judicial, que são instaurados com relação a eles. [...] Cuidar de adolescentes em situação de risco não é tarefa fácil e o respeito, em cada caso concreto, aos melhores interesses de cada um desses jovens em uma tal situação, tampouco é algo que se possa concretizar apenas com palavras, ou intenções aparentemente imbuídas de alto grau de altruísmo. O Estado de São Paulo, como o mais desenvolvido e o mais populoso da Federação, enfrenta, por tais razões, problemas hercúleos nesse campo, que requerem medidas drásticas para que sejam devidamente equacionados, sempre procurando resguardar o decantado melhor interesse dos adolescentes. [...] Nesse sentido, impõe destacar, conforme consta dos presentes autos, a existência da elevada cifra, naquela unidade da Federação, de 8.400 adolescentes custodiados, muito embora o número de vagas à disposição do Estado seja um pouco inferior (cerca de 7.800), divididas em nada menos que 116 unidades de internação. São números que impressionam e falam por si, a demonstrar a magnitude do problema enfrentado para gerenciar tal agigantado sistema. E, infelizmente, a prática de atos infracionais (alguns marcados por rara crueldade e acentuada violência) aumenta gradativamente, a impor ao Poder Judiciário a tomada de medidas enérgicas, muitas vezes exigidas pela gravidade dos casos submetidos à sua apreciação, o que deve ser feito sem que se perca de vista o princípio de que os melhores interesses dos adolescentes sempre devem ser resguardados. [...] Não se pode perder de vista que, quando se está a tratar de um sistema assim complexo, porque cuida dos interesses de mais de 8.000 adolescentes, divididos em mais de uma centena de unidades, mostra-se de todo razoável que o gestor detenha razoável disci-

cionariedade para efetuar pontuais mudanças que a boa gerência desse organismo esteja a recomendar, sem que isso implique em desrespeito aos já tantas vezes mencionados princípios constitucionais e legais que regem sua administração, até porque, conforme constava do artigo 6º do referido provimento estadual, tais mudanças deveriam ser imediatamente comunicadas ao Juízo competente, para ratificação, ou alteração, se necessário.

No que diz respeito à responsabilização de agentes públicos que descumprem seus deveres funcionais e colaboram para a violação de direitos de crianças e adolescentes, o STF já considerou constitucional e proporcional a imposição de penalidade de disponibilidade (art. 42, Lei Orgânica da Magistratura), após processo administrativo perante o CNJ, a uma juíza que admitiu o encarceramento de adolescente do sexo feminino, por 24 dias, na ala carcerária destinada aos presos adultos do sexo masculino, em uma delegacia policial, tendo sido negligente em adotar providências para sua transferência⁹⁶.

O tribunal também reconheceu a legalidade de sanção administrativa aplicada à unidade de internação na qual há maus-tratos, com relatos de agressões e suicídio de adolescentes cumprindo medida socioeducativa. Na decisão, a ministra Rosa Weber afirmou que o Estado tem o dever de zelar pela integridade física daqueles que se encontram sob sua custódia, o que justifica a sanção administrativa⁹⁷.

REGULAÇÃO NA ESTRUTURA DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

Para além das decisões relacionadas à imposição de obrigações ao poder público, também foram classifica-

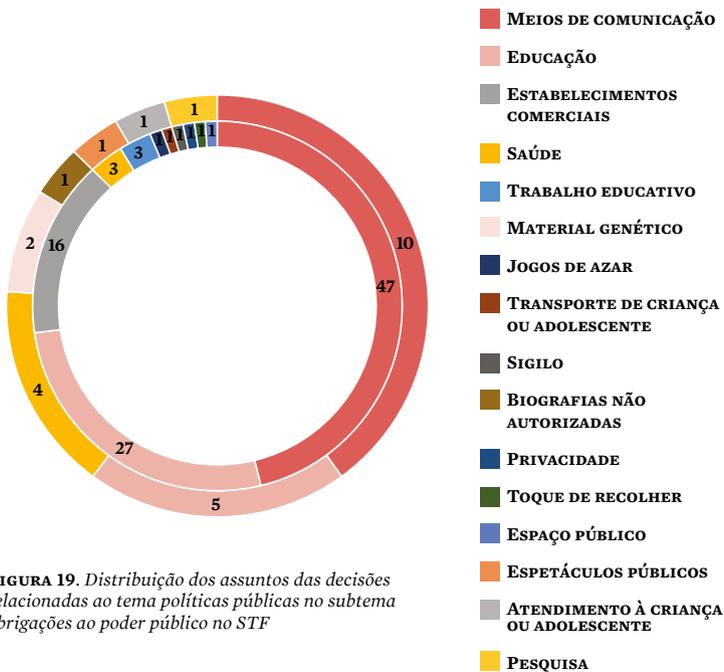


FIGURA 19. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no subtema obrigações ao poder público no STF

das na categoria de políticas públicas as decisões em casos relativos à regulação de áreas de interesse de crianças e adolescentes, como educação, saúde, meios de comunicação ou estabelecimentos comerciais. A distribuição dos temas específicos na categoria está indicada na **FIGURA 19**, na página anterior. O círculo externo indica a distribuição dos subtemas em decisões colegiadas; o círculo interno indica a distribuição dos subtemas em decisões monocráticas.

A **FIGURA 19** indica que os assuntos mais frequentes consistem na regulação de meios de comunicação, educação e estabelecimentos comerciais. Indica, ainda, que prevalecem decisões monocráticas (102 decisões monocráticas e 25 colegiadas). Ainda assim, diferentemente do que ocorre nas outras categorias, a maior parte das decisões colegiadas foi proferida pelo Tribunal Pleno (15 de 25 decisões).

Regulação de meios de comunicação: prioridade absoluta e liberdade jornalística

No que diz respeito à regulação de meios de comunicação, o STF entende ser inconstitucional a imposição de multa e suspensão de programação a emissoras que exibem programa fora do horário estipulado na classificação indicativa. O entendimento foi assentado no julgamento da ADI 2.404⁹⁸, na qual o tribunal declarou inconstitucional a expressão “em horário diverso do autorizado” prevista no art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a maioria do tribunal, a classificação indicativa seria recomendação, e não autorização. Essa seria a forma de zelar pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão.

Em 1999, em sede da ADI 869, o STF declarou a inconstitucionalidade de parte do dispositivo do ECA que estabelecia a penalidade de suspensão da programação da emissora por dois dias em razão de divulgação total ou parcial, em meios de comunicação, de nome, ato ou documento de procedimento administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a quem se atribua ato infracional (art. 247, § 2º). O tribunal entendeu que essa vedação representaria restrição indevida à liberdade de manifestação de pensamento, criação, expressão e de informação, previstas no art. 220 da Constituição Federal.

Com fundamento no julgamento da ADI 869 e em outros que assentaram a liberdade de imprensa e de informação jornalística não relacionados a direitos da criança e do adolescente⁹⁹, o STF entendeu incabível a condenação por danos morais de produtoras jornalísticas que divulgam filmagem com imagem desfocada de indivíduo. Para o tribunal, a indenização operaria censura à programação informativa e jornalística de televisão e, portanto, deveria ser rechaçada, salvo na hipótese de “irregular e abusivo exercício da liberdade de imprensa”¹⁰⁰. As decisões não parecem apresentar parâmetros para avaliar no que consistiria um exercício abusivo desse direito.

Em recursos que questionavam a sanção pecuniária (pagamento de determinado montante) estabelecida administrativamente em razão da divulgação não autorizada de imagens ou dados de crianças e adolescentes (art. 247, *caput* e §§ 1º e 2º, ECA), o STF costuma decidir pela negativa de seguimento, justificando que decisões administrativas não poderiam ser questionadas por meio de recurso extraordinário¹⁰¹. O mesmo foi possível observar com outras infrações administrativas, a exemplo da participação de criança em evento artístico que não seguia as determinações do ECA¹⁰².

Ainda no que diz respeito à participação de crianças em eventos artísticos, decisão monocrática do ministro Marco Aurélio, em sede da ADI 5.326, reconheceu a competência do Juízo da Infância e da Juventude, e não da Justiça do Trabalho, para conceder alvarás para a participação de crianças e adolescentes em representações artísticas. De acordo com o ministro, essa distribuição de competência teria em vista o princípio da proteção integral¹⁰³:

O Juízo da Infância e da Juventude é a autoridade que reúne os predicados, as capacidades institucionais necessárias para a realização de exame de tamanha relevância e responsabilidade, ante o fato de ser dever fundamental “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” (artigo 227 da Carta da República). E, tendo em conta a natureza civil do processo de autorização discutido, esse só pode ser o Juiz da Infância e da Juventude vinculado à Justiça Estadual.

A regulação de publicidade infantil foi tema da decisão do ARE 1.038.825. Na ação, o ministro Celso de Mello negou seguimento a recurso extraordinário contra decisão do STJ em sede do REsp 1.558.086, que condenou empresa em ação civil pública por veicular publicidade abusiva. O caso envolvia campanha de marketing desenvolvida pela empresa Bauducco por meio da qual, na compra de cinco produtos alimentícios da linha Gulosos, o consumidor poderia comprar um relógio infantil. O STJ condenou a empresa em razão da publicidade abusiva. Ao negar seguimento ao

recurso, o ministro, citando ementa da decisão recorrida, afirmou inexistir inconstitucionalidade na condenação de empresa por veicular anúncio de venda de alimentos direcionado a crianças e realizar venda casada de produtos.

Regulação do ensino

No que diz respeito à regulação do ensino, o STF possui jurisprudência farta.

As mais recentes decisões do STF em matéria de regulação de ensino envolvem o repúdio à censura em sala de aula. O fortalecimento do discurso do movimento Escola Sem Partido teve como consequência a proliferação de leis estaduais e municipais proibindo a discussão de temáticas relacionadas a gênero em sala de aula, diversas delas já questionadas perante o STF. Em sede de algumas dessas ações, os relatores concederam, monocraticamente¹⁰⁴, medidas cautelares para suspender legislações estaduais que proibiam o ensino de gênero em sala de aula¹⁰⁵.

De acordo com essas decisões, a proibição de tratar conteúdos em sala de aula consistiria em censura, violando o direito à educação e à liberdade de ensinar e de aprender. A inclusão desses temas na grade curricular não pode ser censurada e, mais, deve ser estimulada, porque esse tipo de educação à cidadania é essencial para a superação de desigualdades. A peculiar condição da criança em desenvolvimento é utilizada em muitas dessas decisões como elemento que justifica a necessidade do ensino sobre gênero e sexualidade, fundamental para permitir que crianças e adolescentes se desenvolvam plenamente como seres humanos. Trecho da decisão da ADPF 465, de relatoria do ministro Roberto Barroso, ilustra o uso desse tipo de argumento:

É na escola que eventualmente alguns jovens são percebidos

dos, pela primeira vez, como afeminados ou masculinizados, em que o padrão cultural naturalizado é identificado como o comportamento “normal”, em que a conduta divergente é rotulada como comportamento “anormal” e na qual se naturaliza o estigma. Nesse sentido, o mero silêncio da escola nessa matéria, a não identificação do preconceito, a omissão em combater a ridicularização das identidades de gênero e orientações sexuais, ou em ensinar o respeito à diversidade, é replicadora da discriminação e contribui para a consolidação da violência às crianças homo e trans. [...] É na escola que se pode aprender que todas as pessoas são dignas de igual respeito e consideração. O não enfrentamento do estigma e do preconceito nas escolas, principal espaço de aquisição de conhecimento e de socialização das crianças, contribui para a perpetuação de tais condutas e para a sistemática violação da autoestima e da dignidade de crianças e jovens. Não tratar de gênero e de sexualidade na escola viola, portanto, o princípio da proteção integral assegurado pela Constituição.

No que diz respeito ao ensino domiciliar, o plenário fixou a tese de que “não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. A fixação da tese ocorreu em sede do julgamento do RE 888.815, em setembro de 2018. A questão enfrentada pelo STF no caso envolvia saber (i) se a Constituição Federal admite ensino domiciliar e, nesse caso, (ii) quais seriam os requisitos e obrigações a serem observados¹⁰⁶.

O tribunal, por maioria, entendeu que a CF admite, em tese, o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. A CF admitiria o ensino domiciliar por conveniência circunstancial, tam-

bém conhecido como utilitarista. Nessa modalidade, essa forma de ensino seria recomendável somente em situações nas quais atendesse ao desenvolvimento educacional dos educandos, seja por questão religiosa, *bullying* e/ou drogas na escola ou risco à integridade física. Contudo, seriam inconstitucionais quaisquer das espécies de desescolarização radical (que confere exclusivamente aos pais o direito de educar os filhos), desescolarização moderada (evita a institucionalização, mas não proíbe o poder público de oferecer educação escolar) e *homeschooling* puro (aceita um patamar mínimo e objetivo quanto à formação das crianças e jovens, mas entende que a educação é tarefa primordial da família e só subsidiariamente do Estado, como alternativa para pais incapazes de educar seus filhos).

Apesar de, em tese, admitido pela Constituição Federal, o ensino domiciliar só poderia ser viabilizado mediante lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”. Eventual lei, além disso, deverá cumprir a obrigatoriedade do ensino para crianças e adolescentes de 4 a 17 anos e respeitar o dever solidário família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo poder público. Também deverá cumprir os objetivos do ensino, sobretudo o de evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo por meio de ampla convivência familiar e comunitária. Mas enquanto não há lei regulamentando o ensino domiciliar, não é possível viabilizá-lo, isto é, inexistente direito subjetivo a ele.

O tribunal também reconhece, desde 2018, a constitucionalidade do chamado corte etário para matrícula. O corte etário consiste na limitação de matrícula no ensino fundamental, no ano corrente, a crianças que ainda não tiverem completado 6 anos até a data-limite de 31 de março. O corte etário é previsto no art. 32, *caput*, da Lei nº 9.394/1996, que estabelece o início do ensino fundamental

aos 6 anos, e regulamentado pelas Resoluções nº 01/2010 e nº 06/2010 do Conselho Nacional de Educação (CNE).

O entendimento foi fixado no julgamento da ADC 17 e da ADPF 292¹⁰⁷ e posteriormente aplicado em várias decisões monocráticas. No julgamento, o tribunal fixou a tese segundo a qual “é constitucional a exigência de 6 (seis) anos de idade para o ingresso no ensino fundamental, cabendo ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário”.

Desse modo, a decisão reconheceu possível o estabelecimento de corte etário e de data máxima do ano como critérios para que o aluno possa ingressar no ensino fundamental. Na atualidade, esse momento é 31 de março, da forma como regulado pelas Resoluções nº 01/2010 e nº 06/2010.

Antes da edição dessas resoluções pelo CNE, inexistia regra editada por ele, no exercício da regulamentação prevista no art. 19 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Diante do vácuo legislativo, o STF entendia haver competência concorrente dos estados para regulamentar sobre educação e estabelecer o marco etário que entendesse apropriado. Com esse fundamento, o tribunal chegou a reconhecer a constitucionalidade de legislações estaduais que possibilitavam a matrícula de crianças que viessem a completar 6 anos até o final do ano letivo¹⁰⁸.

A constitucionalidade do ensino religioso de matriz confessional em escolas públicas foi reconhecida em julgamento ocorrido em 2017. Por previsão constitucional do art. 210, § 1º, a oferta de ensino religioso em escolas públicas é obrigatória, a ser oferecida nos horários normais, mas com matrícula facultativa dos alunos. Diante dessa previsão constitucional, a LDB estabelecia que competiria aos sistemas de ensino definir o conteúdo a ser ministrado, ouvindo para tal a sociedade civil, “constituída pelas diferentes denominações religiosas”, bem como regulamentar as nor-

mas para habilitação e admissão de professores. Na ADI 4.439¹⁰⁹, o requerente narrava um cenário de pluralidade de regulamentações sobre o tema, veiculando matrizes de ensino distintas, deficiências no caráter facultativo da disciplina e modo de seleção dos professores, o que acarretava violação ao princípio da laicidade. Pleiteava, então, que o STF reconhecesse que o ensino religioso nas escolas públicas não poderia ser confessional, isto é, vinculado a uma religião específica, mas sim voltado à história e doutrina das várias religiões sob uma perspectiva laica. Pedia, ainda, que fosse proibida a admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.

O julgamento foi pautado por um debate sobre laicidade, e considerações a respeito da peculiar condição de crianças e adolescentes em desenvolvimento praticamente não estiveram presentes. Contudo, na corrente vencida, capitaneada pelo voto do ministro Roberto Barroso, estava presente, entre outras razões, o argumento de que o ensino confessional seria prejudicial à formação de crianças:

Veja-se, então, onde está a contradição aqui: crianças e adolescentes, no ensino fundamental, estão em fase de desenvolvimento da sua personalidade e da sua autonomia; a recusa em assistir à aula de religião ministrada oficialmente obriga a criança – nós estamos falando de crianças de seis, sete, oito anos – a uma atitude que a torna diferente dos seus colegas, numa fase em que o temor da exclusão é máximo e o pertencimento ao grupo faz parte do imaginário da formação desta criança. Portanto, obrigar uma criança de seis anos a declarar-se diferente e a excluir-se da aula de religião confessional é impor a uma criança um ônus que ela não deve suportar, fere a liberdade religiosa dela e, no geral, fará com que ela silencie e participe da aula de religião confessional que não corres-

ponde ao seu credo para não se colocar como diferente no grupo. Portanto, penso que, também por essa razão, admitir-se o ensino confessional produz um resultado muito ruim para a formação de uma criança nesta fase da sua construção como cidadão.

Essa posição foi acompanhada por outros quatro ministros, mas o STF julgou a ação improcedente. A corrente vencedora entendeu que a confessionalidade do ensino não violaria o princípio da laicidade, tampouco da liberdade religiosa de crianças e adolescentes que professam religiões minoritárias.

No que diz respeito à inclusão, o STF reconheceu que escolas particulares têm o dever de promover a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular, viabilizando todas as medidas de adaptação necessárias sem qualquer espécie de cobrança extra nas mensalidades, anuidades e matrículas de crianças e adolescentes com deficiência. Entendeu assim no julgamento da ADI 5.357, em junho de 2016. De acordo com o voto do relator, ministro Edson Fachin, “instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental”. A inclusão em sala de aula seria determinação direta da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), que, no Brasil, tem status constitucional. E instituições privadas de ensino não estariam livres desse dever, sob pena de criação de uma arena apartada na qual oficializa-se a discriminação.



Todas as decisões no tema específico de estabelecimentos comerciais foram monocráticas. Nesse conjunto, incluíram-se decisões envolvendo penalidades administrativas de multa, a exemplo de decisão que não conheceu de recurso contra decisão que negou produção de prova testemunhal em caso envolvendo aplicação de penalidade de multa com fundamento no art. 258, ECA¹¹⁰. Outro exemplo consiste na Rcl 32.555, na qual se alegava que a permanência ou não de crianças em eventos festivos consistiria em responsabilidade da família, e não da empresa responsável pela organização do evento. Também nessa decisão, o STF limitou-se a negar seguimento à reclamação, referendando, com isso, a aplicação de penalidade à empresa responsável por organizar o evento¹¹¹.

Prioridade absoluta, saúde e acesso à justiça

Com o pretenso objetivo de garantir a proteção integral de crianças e adolescentes e seu direito ao acesso à justiça, o STF suspendeu liminarmente lei estadual que impunha a obrigatoriedade de que crianças e adolescentes do sexo feminino e vítimas de estupro fossem examinadas por perito legista mulher (Lei Estadual nº 8.008/2018).

O voto condutor, do ministro Edson Fachin, entendeu ser necessário conciliar a proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência com o acesso à justiça, de modo a “evitar a revitimização de quem está fragilizado”. Para o ministro, a regra traria o risco de prejuízos ou retardamentos na investigação, na hipótese de inexistência de perito legista mulher para realizar o exame. Com esse fundamento, aplicou interpretação conforme para assentar a possibilidade de realização do exame de corpo de de-

lito por perito legista homem caso aguardar a realização por legistas mulheres importe o retardamento ou prejuízo da diligência¹¹².

Liberdade de locomoção e toque de recolher

Em antiga decisão, cuja liminar remonta a 2004, e o julgamento de mérito, a 2009, decisões monocráticas do ministro Cezar Peluso negaram a concessão de liminar e, posteriormente, o seguimento a *habeas corpus* preventivo impetrado por um conjunto de crianças e adolescentes na cidade do Rio de Janeiro. O *habeas corpus* questionava ato do Secretário de Segurança Pública do estado que, na execução da denominada Operação Turismo Seguro, permitia a “apreensão de criança ou adolescente que se encontre em situação de risco pessoal e social, pela Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente”. Os impetrantes pleiteavam a garantia de seu direito de ir, vir e estar em logradouros públicos, até que fosse aplicada medida protetiva por autoridade competente e houvesse encaminhamento para programas públicos municipais de atenção à população de rua. O *habeas corpus*, contudo, foi negado com fundamento na impossibilidade de conceder *habeas corpus* em favor de pessoas indeterminadas e da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substituto de recursos. Na concepção do relator, a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento imporia critérios de “conveniência e educação” à interpretação de seus direitos, inclusive do direito de ir e vir previsto no art. 16, I, do ECA. Nesse contexto, concluiu o relator que a liberdade de locomoção não seria absoluta e deveria ser sopesada com demais restrições legais com vistas à proteção integral. Não haveria constrangimento à liberdade,

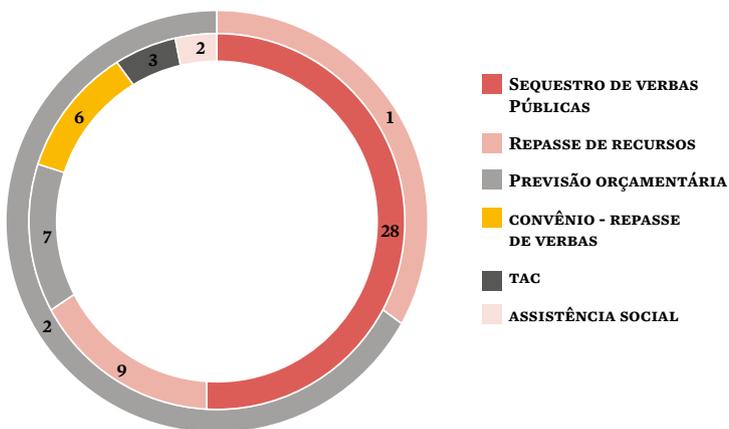


FIGURA 20. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no subtema destinação de recursos no STF

além disso, porque “a permanência nos abrigos para onde os menores são encaminhados não é obrigatória, e muitos nem aceitam o acolhimento”¹¹³.

No caso, a proteção integral parece ter sido utilizada como justificativa para a restrição de um direito de crianças e adolescentes. Parece ter havido, ainda, uma propagação da, já à época datada, doutrina da situação irregular, que remonta ao antigo Código de Menores.

O tema da liberdade de locomoção voltou à pauta do STF em 2019, quando, no julgamento da ADI 3.446, o STF reconheceu a constitucionalidade da proibição do recolhimento de crianças em situação de rua, em consequência da interpretação do art. 16, I, do ECA, que assegura a liberdade de locomoção a crianças e adolescentes¹¹⁴.

DESTINAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS

A **FIGURA 20**, na página anterior, indica a distribuição dos assuntos no subtema de destinação de recursos públicos. O círculo externo refere-se às decisões colegiadas; o círculo interno indica a distribuição dos temas em decisões monocráticas.

Em matéria de destinação de recursos públicos, decisão do tribunal já vedou que constituições estaduais estabeleçam qualquer espécie de vinculação orçamentária destinada a gastos, ainda que seja em defesa de direitos da criança e do adolescente. Em sede da ADI 1.689, julgada em 2003, o STF declarou a inconstitucionalidade de emenda à Constituição do estado de Pernambuco que estabelecia a vinculação de receitas estaduais para atendimento e desenvolvimento de programas de assistência integral à criança e ao adolescente. De acordo com o tribunal, a CF atribui competência exclusiva ao Chefe do Poder Executivo (federal, estadual e municipal) para a iniciativa da lei orçamentária (art. 165, III). Essa iniciativa ficaria cerceada com a imposição e automaticidade na

vinculação de gastos. Além disso, o inciso VI do art. 167 da Constituição Federal veda, como regra geral, vinculações orçamentárias, salvo nas hipóteses expressamente ressalvadas. A vinculação de receitas, por fim, também violaria a autonomia dos municípios¹¹⁵.

Quanto a repasses de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef)¹¹⁶, decisões monocráticas veiculam o entendimento de que “a disponibilidade financeira decorrente do adimplemento das condenações pecuniárias da União, com fundamento no valor devido a título de complementação ao Fundef, vincula-se à finalidade constitucional de promoção do direito à educação, sendo esta a única possibilidade de dispêndio dessas verbas”¹¹⁷. Esse entendimento, como indicado em sua decisão monocrática, foi fixado no julgamento da ACO 648, de relatoria do ministro Edson Fachin, julgada em setembro de 2017¹¹⁸. Na ocasião, o plenário do STF estabeleceu que a complementação ao Fundef realizada a partir do Valor Mínimo Anual por Aluno (VMAA), fixada em desacordo com a média nacional, impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino.

O Fundef foi criado pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), incluído pela Emenda Constitucional nº 14/1996 e regulamentado pela Lei nº 9.424/1996. De acordo com o ADCT, municípios deveriam destinar pelo menos 60% dos recursos recebidos de repasses da União para manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, pelo prazo de 10 anos desde a promulgação daquela emenda constitucional, ou seja, até 2006¹¹⁹. Para assegurar a distribuição de responsabilidades e recursos, esse mesmo dispositivo criou o Fundef.

Os valores de repasses eram calculados a partir do VMAA. De acordo com o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.424/1996,

esse coeficiente jamais poderia ser inferior “à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas”. Caso fosse, a União deveria complementar os recursos do fundo, atualizando, com isso, as condições de custeio da educação pelo Estado a partir do crescimento do número de matrículas.

A ACO 648 foi ajuizada pelo estado da Bahia, questionando a metodologia de cálculo do VMAA e pleiteando diferenças relativas à complementação da União ao Fundef, sob a alegação de que a União teria adotado cálculo ilegal para realizar o repasse. No caso em questão, contudo, decretos editados pelo presidente da República alteravam a metodologia de cálculo do VMAA. Ao invés de considerar em sua base de cálculo a previsão da receita total para o Fundef e as matrículas totais em âmbito estadual, passou a considerar a previsão da receita total e de matrículas em âmbito nacional. Com metodologia distinta, a União chegava a coeficiente distinto e, com isso, entendia ser desnecessária a complementação prevista no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.424/1996.

Entendendo pela ilegalidade do Decreto nº 2.264/1997, o voto condutor, do ministro Edson Fachin, concluiu pela procedência das ações, condenando a União ao pagamento da indenização relativa à diferença de valores.

No RE 603.033, decisão monocrática da relatora, ministra Cármen Lúcia, reconheceu que a determinação judicial de inclusão de verba na lei orçamentária municipal não violaria o princípio da separação de Poderes. O caso consiste em ação civil pública ajuizada em face do município de São Tomás de Aquino (MG), na qual o Ministério Público pretendia exigir a inclusão de verbas orçamentárias destinadas a fornecer recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar local, bem como para a formação e efetivo funcionamento do Conselho Muni-

pal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), órgão criado por lei municipal, mas jamais instituído de fato. Pretendia, com isso, a inserção da previsão desses gastos na lei orçamentária. O tribunal de origem entendeu que a determinação consistiria em ingerência indevida do Poder Judiciário em outro Poder. A decisão da ministra Cármen Lúcia, contudo, entendeu que o art. 227 impõe o atendimento social a adolescentes e crianças vítimas de negligência, discriminação, violência ou exploração sexual. Diante da obrigação constitucionalmente prevista, não haveria violação do princípio da separação de Poderes:

a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes – no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo municipal, submetido à norma estabelecida pelo próprio Legislativo local que criaria o Conselho e determinara a sua implantação – a implementação das medidas que lhe foram legalmente atribuídas. Compete ao Estado, por meio daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de negligência, discriminação, violência ou exploração sexual, para o que foi editada a lei municipal, não cumprida pelo Poder Executivo, o que foi, então, determinado judicialmente como obrigação de fazer decorrente de norma constitucional e da legislação legal que lhe deu forma para o cumprimento na localidade¹²⁰.

Com isso, a decisão concluiu que o Judiciário pode obrigar o Poder Executivo a prever verbas na lei orçamentária para viabilizar o funcionamento de órgãos previstos em lei, mas inviabilizados diante da ausência de recursos, sem que isso viole o princípio da separação de Poderes.

Ainda no que diz respeito à destinação de recursos públicos, o STF entende impossível o sequestro ou penhora de verbas públicas de Caixas Escolares, que consistem em pessoas jurídicas de direito privado que gerem diretamente recursos destinados à educação de escolas públicas estaduais. Na ADPF 484¹²¹, o relator, ministro Luiz Fux, concedeu liminar para impedir o bloqueio/sequestro de verbas públicas, para pagamento de verbas trabalhistas, recebidas pelas Caixas Escolares e Unidades Descentralizadas de Execução da Educação (UDEs) das escolas públicas do estado do Amapá. As Caixas Escolares gerem recursos recebidos do Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND) destinados ao custeio, manutenção de pequenos investimentos para melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino. Em razão da política pública nacional denominada Dinheiro Direto na Escola, essas verbas seriam recebidas e gerenciadas pelas Caixas Escolares. Essa política conferiria maior descentralização e autonomia na gestão escolar. No caso, argumentava-se que, apesar de não se tratar de pessoa jurídica de direito público, a penhora deveria ser vedada porque essas entidades administram dinheiro público destinado à educação.

Na liminar, o ministro afirmou que essa prerrogativa destina-se à proteção do interesse público primário, e não dos interesses do Estado em si. A proteção do interesse público destina-se à garantia da aplicação efetiva de recursos destinados à concretização da educação, da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, com respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, CF). Ambos os interesses, de acordo com o ministro, estariam diretamente envolvidos no caso em questão. As verbas das Caixas Escolares e das UDEs destinam-se à

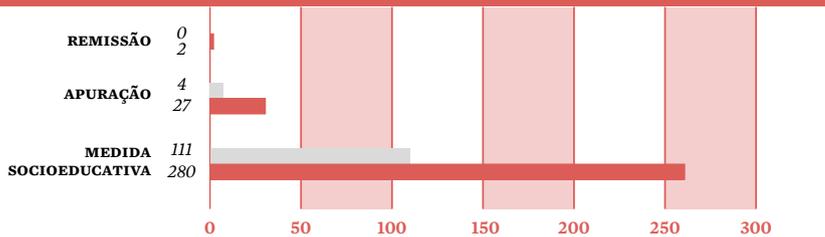


FIGURA 21. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema ato infracional no STF

MONOCRÁTICAS **COLEGIADAS**

merenda, transporte de alunos e manutenção das escolas públicas do estado e, por isso, devem ser reconhecidas como impenhoráveis¹²².

Ato infracional

O tema de ato infracional é o quarto mais frequente no universo de pesquisa. A **FIGURA 21** indica a distribuição dos subtemas.

Das 424 decisões envolvendo ato infracional, 391 (92,2%) envolvem discussões a respeito da aplicação de medidas socioeducativas. Destas, a maior parte avalia os requisitos para a aplicação da medida de internação provisória ou definitiva, a partir do disposto no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

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

Do arcabouço de decisões que aplicam garantias análogas às penais para o âmbito socioeducativo, é possível inferir que a prioridade absoluta e o melhor interesse não podem servir como pretexto para que medidas socioeducativas sejam impostas a adolescentes de modo arbitrário, com o pretenso objetivo de correção sem qualquer fundamento pedagógico. Medidas socioeducativas são sanções que restringem direitos e, em seu grau máximo, a liberdade. Com isso, devem ser excepcionais, breves e obedecer

todo o regramento protetivo e benéfico, inclusive com a aplicação por analogia de normas penais mais benéficas. Além disso, deve-se garantir o direito de visitas e uma estrutura adequada para a internação. As decisões homenageiam, com isso, o art. 35 da Lei nº 12.594/2012, segundo o qual medidas socioeducativas devem ser regidas pelo princípio da “I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto”.



Excepcionalidade da internação

Dando efetividade ao princípio da proteção integral e ao que dispõem os arts. 121 e 122 do ECA, diversas decisões do tribunal reafirmam que a medida de internação deve ser excepcional.

Disso decorre que não se pode impor medida socioeducativa com base apenas na gravidade abstrata do ato infracional. Isso ofende a garantia da excepcionalidade da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade determinada pelo texto constitucional (art. 227, § 3º, V) e contraria o rol taxativo do art. 122 da Lei nº 8.069/1990¹²³. Não se admite, ainda, que a medida de internação seja determinada com o pretexto de proteger a integridade física do adolescente¹²⁴.

Com essa premissa da taxatividade do art. 122 do ECA, há jurisprudência no sentido de que atos infracionais equiparáveis ao crime de tráfico de drogas não podem ser compreendidos como atos dotados de violência ou grave ameaça¹²⁵, independentemente da hediondez do crime ao qual o ato infracional é análogo (tráfico de drogas). O tribunal também entende que subverte o princípio da proteção integral de adolescentes impor a medida de internação para aquele que pratica ato infracional consistente na posse de drogas para consumo próprio, pois nem pessoa

maior de 18 anos pode sofrer privação da liberdade por transgressão do art. 28 da Lei nº 11.343/2006¹²⁶.

A fundamentação da medida socioeducativa de internação é considerada aceitável nas hipóteses em que se verifica prática de ato infracional com violência ou grave ameaça¹²⁷. O tribunal também entende que a medida de internação seria recomendável na hipótese de reiteração em infrações de natureza grave¹²⁸, da forma como previsto no art. 122 do ECA.

Infere-se do arcabouço de decisões que, para configurar reincidência da forma como está previsto no art. 122 do ECA e, com isso, autorizar a aplicação de medida socioeducativa de internação, é imprescindível que haja prova da reincidência a partir de documento próprio emitido pelo órgão competente, isto é, por decisões judiciais transitadas em julgado reconhecendo a pré-existência de infrações.

Laudos produzidos pelo serviço de assistência social traçando o perfil psicológico do adolescente não são capazes de justificar uma suposta reincidência de modo a autorizar a aplicação de medida de internação. Essa foi a conclusão do HC 93.900, rel. min. Cezar Peluso. No caso, o juízo de origem havia negado *habeas corpus* e assentado que caberia medida de internação por ato infracional de tráfico de drogas e porte ilegal de armas, mesmo sem violência ou grave ameaça, julgando ser caso de reincidência. Contudo, verificação dos autos pelo relator indicou que inexistia prova da reincidência. Essa informação seria derivada de documento denominado “síntese informativa”, que consistia em laudo produzido pelo serviço de assistência social do estado para traçar o perfil psicológico do adolescente. A pretensa reincidência não teria sido sequer mencionada no juízo de origem, que, também ilegalmente, fundamentou a internação exclusivamente na gravidade abstrata do ato infracional. Diante da ausência de prova da reiteração, o tribunal

concedeu o *habeas corpus* para determinar a aplicação de outra medida menos gravosa que a de internação¹²⁹.

Para a averiguação da reincidência, além disso, não basta a mera existência de processos em curso¹³⁰ ou mesmo a condenação pelo cometimento de outro ato infracional. A reincidência pressupõe reiterada prática de atos infracionais, já condenados com sentença transitada em julgado.

Se houve remissão por algum ato infracional supostamente praticado, esse processo não deverá ser considerado para fins de contabilização de reiteração. Os critérios para a configuração da reiteração são relevantes porque a reiteração no cometimento de infrações graves é um dos requisitos necessários para autorizar-se, excepcionalmente, a medida de internação (art. 122, ECA).

O instituto da remissão está previsto no art. 126 do ECA e consiste na possibilidade de que o Ministério Público conceda a exclusão, extinção ou suspensão de um processo decorrente da prática do ato infracional, considerando as circunstâncias e consequências do ato, personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Nos termos do art. 127 do ECA, ela também não implica o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade do adolescente, nem prevalece para efeitos de antecedentes. Para a configuração de reiteração, assim entendeu o tribunal no HC 88.748, não basta também a existência de um processo em curso e outros dois nos quais se concedeu a remissão¹³¹.

Apesar de não contabilizar ocorrências de remissão para caracterização da reiteração, o STF entende que basta uma condenação anterior por ato infracional para considerar-se configurada a reiteração do art. 122 do ECA. Esse entendimento vai ao encontro da posição defendida por parte do STJ¹³².

O acórdão mais remoto que sustentou essa posição é o HC 84.218¹³³, julgado em 2004, de relatoria do ministro

Joaquim Barbosa. O caso discutia a medida socioeducativa de internação aplicada a um adolescente que, anteriormente, já havia sido sancionado com medida socioeducativa de liberdade assistida em razão da prática de atos infracionais análogos ao tráfico de entorpecentes, porte ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha. O adolescente, contudo, voltou a praticar ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes. O adolescente alegava, em seu *habeas corpus*, a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa de internação considerando apenas a gravidade abstrata do ato infracional, bem como a ausência de reiteração, visto que não houve a condenação por três atos infracionais praticados com violência ou grave ameaça. O ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, afirmou que o ato infracional praticado não poderia ser considerado grave, pois não foi praticado com violência ou grave ameaça. A internação, contudo, seria justificável em razão da reiteração, pois a “medida socioeducativa de liberdade assistida [...] não se mostrou suficiente para afastá-lo da vida criminoso”. O ministro argumentou que a reiteração não dependeria da ocorrência prévia de três condenações. Essa jurisprudência, afirmou, teria sido criada para trazer objetividade para restringir sua aplicação, considerando a agressividade da medida privativa de liberdade. Contudo, não havia razão para tal construção, pois a sistemática do ECA determina que compete ao juiz levar em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Ainda que se entendesse válida a exigência de três atos infracionais para a configuração da reiteração, afirma o ministro, a internação estaria de acordo com o art. 122 do ECA, pois o adolescente já praticou atos infracionais equiparados ao tráfico de entorpecentes, porte ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha. Pouco importa, para o relator, que ele tenha sido sancionado a apenas uma única medida socioeducativa em virtude dos atos anteriormen-

te praticados, pois “a prática de atos infracionais não se confunde com medidas socioeducativas aplicadas”.

Essa lógica subverte as premissas da doutrina da proteção integral e utiliza a análise de peculiar condição da pessoa em desenvolvimento como justificativa para punir, contrariando o que prevê o ECA.

Também em sede do HC 94.447, julgado em 2011¹³⁴, o STF reconheceu que não há número mínimo de delitos cometidos para fins de caracterização da reiteração, pois inexistente base legal para o argumento de que são necessários no mínimo três atos infracionais de natureza grave para justificar a aplicação da medida de internação. Caberia ao juiz considerar as peculiaridades do caso concreto, de modo que nada impede que um jovem com mais de três condenações receba a aplicação de uma medida mais branda ou que jovem com menos de três internações seja sancionado com medida mais gravosa¹³⁵. Esse mesmo entendimento parece ser reproduzido em decisões mais recentes¹³⁶.

O STF também entende ser ilegal a substituição de medida de semiliberdade por medida mais gravosa, de internação sem prazo determinado – situação que surge em algumas decisões com o termo “regressão” –, na hipótese de nova apreensão por prática de ato infracional de natureza grave¹³⁷. Na decisão, o tribunal reconheceu a necessidade de aplicação do art. 122, III, § 2º, que estabelece o prazo máximo de três meses de internação na hipótese de descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta.

Decisão no mesmo sentido foi proferida no HC 74.890, julgado em 1998¹³⁸. No caso, diante de suposta reiteração no descumprimento de medida socioeducativa, o MP requereu a internação pelo prazo de três meses. O juiz de origem, seguindo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, foi além e determinou a internação por prazo indeterminado (internação “com medida principal” por tempo indeterminado. A Procuradoria-Geral de Justiça havia argumentado, na oca-

sião, que o art. 122, III do ECA estabelecia a possibilidade de substituição por medida mais gravosa, de internação.

O julgamento da turma, que se valeu das razões da decisão monocrática do ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu que, se a sentença recorrida aplicou medida de semiliberdade, não pode ser ela substituída em segundo grau por outra medida mais gravosa. Portanto, o acórdão impugnado excedeu limites do agravo de instrumento. Dando cumprimento ao texto do art. 122, III, § 2º do ECA, atestou, com isso, que é inadequado falar em regressão.

Para configuração da reiteração, há decisões que não reputam necessário que o ato infracional praticado tenha ocorrido com violência ou grave ameaça. Essas decisões limitam-se a reproduzir a ementa, ou trechos da decisão recorrida, e a afirmar que a internação se justifica em razão da ocorrência de reiteração. Não há esforço argumentativo em justificar por que a violência ou grave ameaça não seriam necessárias para ensejar a aplicação da medida de internação no caso de reiteração, mas essas decisões parecem partir da premissa não externalizada de que isso não seria necessário em razão da ausência de menção expressa à violência ou grave ameaça no inciso II do art. 122 do ECA.

É o caso do RHC 160.612¹³⁹, no qual o adolescente havia sido condenado no passado a outra medida socioeducativa por ato infracional análogo ao tráfico de drogas e respondia a outros seis processos por ato infracional da mesma natureza. Na decisão, contudo, o tribunal entendeu suficientemente fundamentada a medida de internação e limitou-se a reproduzir trecho da decisão atacada, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual

não se vislumbra ilegalidade na aplicação da medida de internação, pois foi fundamentada em razão das peculiaridades do caso concreto, em que, não obstan-

te a pequena quantidade de entorpecentes apreendida em poder do paciente [...] consignou o Tribunal a *quo* a reiteração do paciente no cometimento de atos infracionais, uma vez que, embora ao tempo do fato tão-somente possuísse uma anotação por ato infracional da mesma natureza, já tinha, quando do julgamento do apelo, seis processos por atos infracionais análogos ao delito de tráfico de entorpecentes, por fatos ocorridos após o cometimento do ato infracional em questão.

Por fim, o STF também entende que a redução da maioria civil de 21 para 18 anos, operada pelo Código Civil de 2002, em nada teria modificado os parâmetros de idade do ECA. De acordo com o tribunal, a especialidade do microsistema jurídico estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, a prioridade absoluta e a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento determinariam a continuidade da aplicação das regras do estatuto até o atingimento da idade de 21 anos, marco previsto nesta lei. Como contrapartida da proteção constitucional, contudo, o reconhecimento da aplicabilidade dos parâmetros de idade do ECA tem como consequência a conclusão de que o cumprimento de medidas socioeducativas em curso não cessam ao completar o adolescente 18 anos e devem se estender até a idade de 21 anos¹⁴⁰. De acordo com essas decisões judiciais, a automática aplicação da maioria civil para desconsiderar os institutos jurídicos que são próprios do ECA consistiria em fator de tratamento desfavorável ao adolescente.



Aplicação de regras penais mais benéficas

O STF tem decisões nas quais aplica regras penais, a prin-

cípio sem contrapartida no âmbito socioeducativo, caso sejam mais protetivas ou benéficas ao adolescente infrator, com fundamento na noção de prioridade absoluta.

Com esse fundamento, o tribunal decidiu que se aplica ao adolescente que cometeu ato infracional o instituto da prescrição penal e a redução à metade do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal, ainda que não disciplinado na legislação especial à qual se submetem os atos infracionais praticados por adolescente (Lei nº 8.069/1990), por ser mais favorável¹⁴¹. Decidiu também que o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado na justiça juvenil. Dessa forma, vedou a execução imediata da medida socioeducativa imposta pelo juízo de primeiro grau, independentemente da interposição de recurso¹⁴². Na decisão, o ministro relator, Dias Toffoli, afirmou que toda decisão, antes do trânsito em julgado, tem caráter provisório e exigiria comprovação da necessidade:

Ainda que, na sentença, o juiz firme sua convicção a respeito da autoria e da materialidade do ato infracional, a internação, antes do trânsito em julgado, tem caráter provisório, a exigir, nos termos do art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a demonstração da imperiosa necessidade da medida.

Não é possível, ainda, impor a crianças e adolescentes medida socioeducativa mais gravosa do que a pena imposta a adultos no tipo penal análogo¹⁴³, conforme previsto no art. 35 da Lei nº 12.594/2012.

Além disso, entende-se que, na discrepância de opiniões técnicas, deve prevalecer a opinião do juízo de direito¹⁴⁴.



Direito à visitação e a peculiar condição da criança em desenvolvimento

O recebimento de visitas por parte do adolescente cumprindo medida socioeducativa de privação de liberdade (internação ou semiliberdade) é compreendido como um direito do socioeducando, dando aplicabilidade ao art. 124, VII, do ECA.

Seria vedado ao juízo, por isso, condicionar a visitação à família ao bom comportamento do socioeducando em cumprimento de medida de semiliberdade. Isso porque o objetivo maior da Lei nº 8.069/1990 é a proteção integral à criança e ao adolescente, aí compreendida a participação na vida familiar e comunitária. Restrições a essas garantias somente são possíveis em situações extremas, decretadas com cautela em decisões fundamentadas (o que no caso analisado não se dá). Com esses fundamentos, concedeu-se a ordem de *habeas corpus* em sede do HC 98.518, de modo a permitir ao paciente a realização de atividades externas e visitas à família sem a imposição de qualquer condição¹⁴⁵.

O juiz que supervisiona o cumprimento da medida socioeducativa também não pode estabelecer realização progressiva e condicionada de visitas de familiares ao socioeducando, pois isso vai na contramão do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários¹⁴⁶.

Brevidade da internação

No universo analisado, há decisões reconhecendo o excesso de prazo da internação provisória, muito superior àquele previsto no art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, com isso, ferindo o princípio da brevidade de medidas socioeducativas. O prazo delongado consistiria, assim, em ofensa à garantia da razoável duração do processo e ao amplo conjunto de direitos protetivos da juventude¹⁴⁷.

Por fim, o STF considera constrangimento ilegal a internação compulsória em unidade própria de tratamento de pacientes com transtornos mentais e de comportamento caso inexistam provas do estado psíquico do adolescente. Esse entendimento foi afirmado no julgamento do HC 167.944, em 2019.

O *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do STJ que determinou a internação por “elementos veementes de transtorno psiquiátrico do adolescente, com indicativo de psicopatia e necessidade de intervenção estatal não só para proteger a família como a sociedade”, devendo, se possível, ser internado na Unidade Experimental de Saúde (UES)¹⁴⁸, na cidade de São Paulo, pelo “período necessário para sua completa recuperação”. Em decisão monocrática, o ministro Edson Fachin afirmou que a decisão do STJ “se reporta a meras percepções da realidade em geral, somadas a juízos valorativos de caráter pessoal, atribuídos ao paciente sem que houvesse a devida apuração, por parte do juízo, de seu estado psíquico, a partir da documentação acostada aos autos”.

A ilegalidade seria reforçada pela determinação de internação na UES, pois (i) na unidade ele convive com adultos, em violação do Estatuto da Criança e do Adolescente e do disposto no art. 227, § 3º, V, da CF, e (ii) a Unidade não atende indivíduos com as características do adolescente, mas tão-somente jovens com grave distúrbio de personalidade, egressos da Fundação Casa que cometeram graves atos infracionais ou indivíduos interditados pela Vara da Família e Sucessões. Há necessidade de atenuar medidas aplicadas a pessoas que, nas palavras da decisão, possuam “transtornos mentais”, levando em conta, precipuamente, seu direito constitucionalmente reconhecido ao tratamento adequado e individualizado conforme suas condições psíquicas.

É verdade que a Lei nº 10.216/2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica ou Antimanicomial – que “dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental” –, prevê a internação compulsória. Mas, lida e interpretada em sua plenitude, a lei destaca a garantia de que qualquer modalidade de internação tem caráter singular e “somente será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (art. 4º). Avaliações com alta generalidade e abstração não satisfazem a necessidade de motivação das decisões judiciais. Com esse fundamento, o STF concedeu uma ordem de *habeas corpus*, considerando que a interdição derivava de construção argumentativa sem correspondência concreta¹⁴⁹.

Internação em condições adequadas

Também na categoria temática de ato infracional encontram-se decisões monocráticas proferidas em dois *habeas corpus* coletivos impetrados em favor de uma totalidade determinável de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas¹⁵⁰. Trata-se do HC 170.423, de 2019, impetrado em favor de “todas as adolescentes travestis e transexuais que se encontram em acolhimento institucional ou cumprem medida socioeducativa de internação alocadas em instalações inapropriadas, compartilhadas com pessoas heterossexuais do gênero masculino”, e do HC 143.988, com liminar concedida em 2018 em favor de todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte, no Espírito Santo.

No caso do HC 170.423, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, os impetrantes pediam a transferência de todas as adolescentes travestis e transexuais cumprindo, à época, medida de internação em local compartilhado

com pessoas heterossexuais do gênero masculino para instalações adequadas. A decisão monocrática, contudo, negou seguimento à ação por ausência de legitimidade, pois os impetrantes não se enquadravam no rol de legitimados para o mandado de segurança coletivo (art. 12, Lei nº 13.300/2016) e aplicado por analogia ao *habeas corpus* coletivo no julgamento do HC 143.641, que é precedente da admissibilidade de *habeas corpus* coletivos.

O *habeas corpus* havia sido interposto por duas associações (Grupo de Apoio à Adoção Benquerer, que atua em Belo Horizonte, e Associação Brasileira de Famílias Homotransafetivas – ABRAFH), ilegítimas para interposição do *habeas corpus*, pois essas associações têm sua legitimidade conectada à garantia de direitos de seus associados¹⁵¹.

O outro *habeas corpus*, o HC 143.988, tem relatoria do ministro Edson Fachin e alega condições insalubres de higiene e estrutura das instalações de unidade de internação no Espírito Santo, o que justificaria decisão judicial determinando a restrição da superlotação na unidade, com transferência ou mesmo concessão de liberdade para adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa. No julgamento da cautelar, o ministro concedeu a ordem para restringir a capacidade máxima de internação¹⁵².

Na hipótese de inexistência de unidade de internação adequada na região em que reside o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de internação e a depender das condições da unidade de internação, devem-se privilegiar medidas menos gravosas¹⁵³.

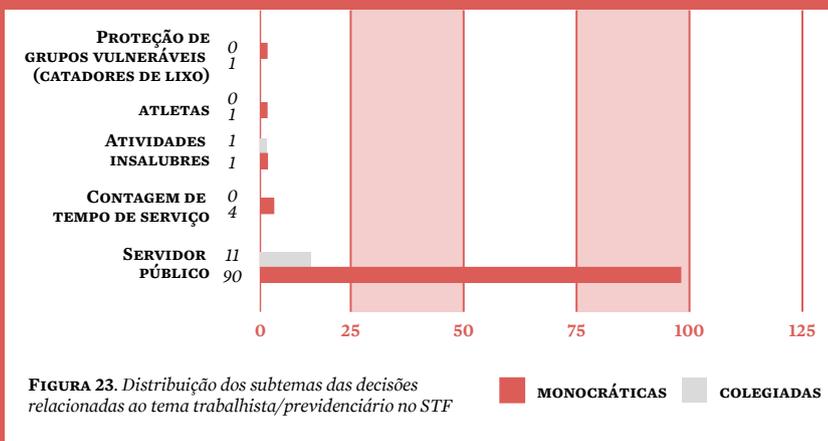
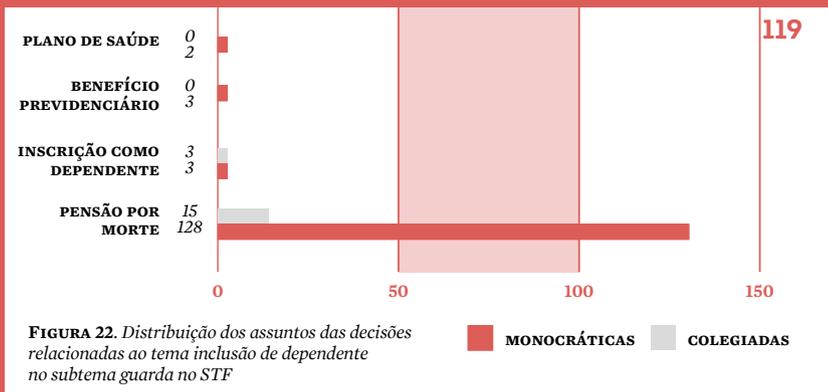
Uso deturpado da proteção integral para fundamentar punição

Apesar de ter precedentes protetivos à criança e ao adolescente, há decisões do STF que divergem desse parâmetro e acabam utilizando a proteção integral de modo

deturpado. Trata-se de casos nos quais a prioridade absoluta, na justiça juvenil, é instrumentada por uma retórica que a transforma em um veículo para punir. O que seria uma forma de proteger sujeitos de direito com a máxima prioridade volta-se contra eles e torna-se mais um dos tantos instrumentos do Estado para justificar o encarceramento e o recrudescimento de medidas privativas de liberdade. Muitas dessas decisões não são revertidas pelo STF em razão da barreira de admissibilidade. Ao afirmar que esses casos não envolvem ofensa direta à Constituição Federal, perpetuam interpretações equivocadas da prioridade absoluta e apequenam a discussão dessa regra constitucional como se fosse mera questão infralegal. Essa distorção está presente inclusive em decisões mais recentes do tribunal.

Há, também, entendimentos que, apesar de não deturparem institutos, acabam fragilizando a proteção integral e representam, por isso, desafios.

É o caso do HC 136.470, de 2016, no qual, negando seguimento ao *habeas corpus*, o STF acabou por legitimar decisão do juízo de origem que remontava ao Código de Menores e afirmava ser a segregação do adolescente necessária para retirá-lo do ambiente nocivo em que está inserido, afastando-o, assim, “do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral da criança e do adolescente”. Ao apreciar o pedido, o relator entendeu que a imposição da medida de internação não violaria o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente porque a decisão não estaria fundada apenas na gravidade abstrata, mas também na “atenção às condições pessoais do paciente”. O que ficou denominado como “condições pessoais”, contudo, na verdade consistia apenas em considerações a respeito de suposto risco de influências do “convívio marginal”, ao lado de relatório da equipe multidisciplinar que havia concluído pela necessi-



dade de acompanhamento sistemático psicoterapêutico do adolescente, bem como que sua família fosse inserida em programa comunitário para desenvolver seu papel junto a ele¹⁵⁴.



Inclusão de dependente

A temática de inclusão de dependente é menos expressiva no universo. A **FIGURA 22**, na página anterior, indica a distribuição de seus assuntos, todos relacionados ao subtema de guarda.

Os casos relacionados ao recebimento de pensão por morte por dependente de servidor público consistem majoritariamente em mandados de segurança contra decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que considera ilegal a concessão de pensão por morte a dependente de beneficiário e, com isso, determina a interrupção do pagamento. As decisões, em geral, negam seguimento ao recurso extraordinário por ausência de ofensa a dispositivo constitucional (ofensa que, se ocorresse, seria indireta e reflexa).

Nas decisões presentes no universo analisado, o STF entende que crianças ou adolescentes que dependem de servidor público no momento da morte deste têm direito à pensão temporária de que trata o art. 217, II, “b”, da Lei nº 8.112/1990¹⁵⁵ até completarem 21 anos¹⁵⁶ ou até cessar a dependência¹⁵⁷. Presume-se dependência se a criança ou adolescente encontrava-se sob guarda do servidor (instituidor do benefício) no momento do óbito¹⁵⁸. Para essa averiguação, é irrelevante se a guarda é provisória ou definitiva, tampouco se o reconhecimento judicial da guarda ocorreu antes ou depois do óbito do instituidor¹⁵⁹. Em casos nos quais a criança ou adolescente estava sob guarda de outro responsável que não seus genitores (como avós, por exemplo), também é irrelevante se eles são ou não economicamente ativos¹⁶⁰. Nos casos em que o

dependente é incapaz, por exemplo, em razão de deficiência, admite-se que a pensão seja recebida para além dos 21 anos, enquanto persistir a dependência¹⁶¹.

Casos relacionados à pensão de servidores estaduais, que chegam ao STF por meio de recurso extraordinário ou agravo de instrumento, têm, em geral, o seguimento negado em razão da necessidade de análise de legislação infraconstitucional¹⁶².

Todos os casos relacionados à inclusão de dependente foram julgados por turmas ou por decisões monocráticas, com exceção de um, que só foi julgado pelo plenário por se direcionar contra ato do presidente do STF que extinguiu pagamento de pensão a neta de ex-servidora. Também nesse caso, o tribunal referendou a jurisprudência no sentido de que há direito à percepção da pensão temporária até 21 anos¹⁶³.

Trabalhista/Previdenciário

O tema de trabalhista/previdenciário envolve, sobretudo, ações sobre regime de servidores públicos, como indicado na **FIGURA 23**.

Grande parte das discussões trabalhistas e previdenciárias relaciona-se ao recebimento de gratificações, remuneração ou responsabilização de servidores públicos que exercem atividades em órgãos públicos referentes à educação ou ao atendimento de crianças e adolescentes e, portanto, não tem relação direta com direitos da criança e do adolescente. Alguns casos envolvem recursos em ações ajuizadas para afastar a idade mínima prevista no art. 11, VII, da Lei nº 8.213/1991, para fins de reconhecimento de tempo de serviço e cômputo do tempo de serviço rural considerando o trabalho exercido antes dos 14 anos. As decisões dão provimento aos recursos e, com isso, reafirmam o entendimento da possibilidade de reco-

nhcimento do trabalho exercido antes dos 14 anos para contagem de tempo de serviço. No embate entre a censura ao trabalho infantil e a proteção previdenciária, entende-se que se deve garantir a proteção previdenciária, inclusive para crianças, e computar o trabalho exercido para fins da contagem de tempo de serviço¹⁶⁴.

Ainda que não tenha relação direta com a temática, o direito de crianças e adolescentes surge como argumento em uma ação na qual o Ministério Público do Trabalho (MPT) pretendia obrigar uma empresa de derivados plásticos a celebrar convênio com cooperativa de catadores de recicláveis, para a formalização da entrega de todo o resíduo sólido reciclável gerado em suas unidades e departamentos, devendo constar protocolo contemplando o volume e o tipo do resíduo sólido reciclável produzido diariamente e a tabela dos dias e horários da coleta. O MPT alegava a necessidade de implementar obrigações que propiciem o “suficiente para que as crianças e os adolescentes sejam afastados do trabalho precoce e insalubre”, com o escopo de “proteção do direito-dever ao não trabalho da criança e do adolescente, que guarda relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana”. O tribunal de origem reconheceu inexistir competência da justiça do trabalho e o STF negou seguimento ao recurso com fundamento na ausência de repercussão geral¹⁶⁵.

Na proteção da maternidade em ambiente de trabalho, o STF também já reconheceu como inconstitucional a expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” presente no art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzido pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista de 2017.

Na prática, o trecho admitia o exercício de trabalho por gestantes e lactantes em condições insalubres, pois condicionava o afastamento à apresentação do citado

atestado. O fundamento da decisão foi a necessidade de proteção da maternidade e, por consequência, também a integral proteção do recém-nascido, em consonância com a prioridade absoluta prevista no art. 227 da Constituição Federal¹⁶⁶.

Responsabilidade civil

As decisões no tema de responsabilidade civil envolvem pedidos de indenização, seja do Estado, seja de pessoa jurídica de direito privado, em razão de acidentes ou ocorrências que vitimizaram crianças, como indicado a seguir, na **FIGURA 24**.

A maior parte dessas decisões reconhece a negativa de seguimento da ação, em razão da jurisprudência segundo a qual não cabe recurso extraordinário para reexame de matéria fática ou interpretação de matéria infraconstitucional.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado, o STF entende que há dever de indenizar quando acontecimentos lesam crianças ou adolescentes sob sua custódia ou que foram colocados naquelas circunstâncias por ação ou omissão do poder público. Com essa premissa, é possível o pedido de indenização pela morte de adolescentes ocorrida em unidade de internação. O AI 753.947 exemplifica como esse entendimento é aplicado. Trata-se de ação de indenização por responsabilidade civil decorrente da morte de adolescente ocorrida durante rebelião na Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (Febem), do estado de São Paulo. O acórdão recorrido entendeu ser devida a indenização, pois cabia ao Estado zelar pela integridade física do adolescente internado naquela instituição. Contra essa decisão, a Febem, em recurso extraordinário, alegou que o acórdão teria aplicado a teoria do risco integral, em violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Em decisão monocrática, o relator negou seguimento ao recurso com o argumento de que se

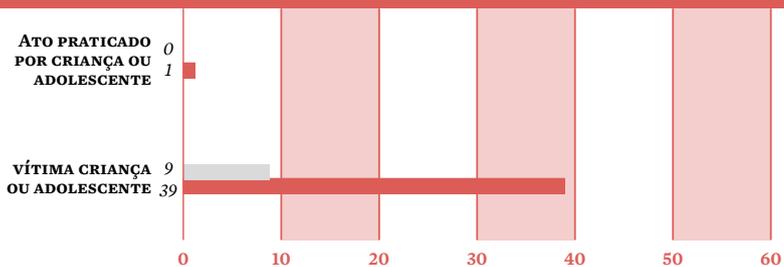


FIGURA 24. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema responsabilidade civil no STF

MONOCRÁTICAS COLEGIADAS

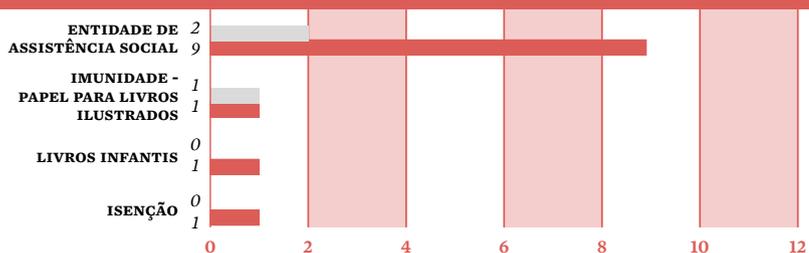


FIGURA 25. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema tributário no subtema benefício tributário no STF

MONOCRÁTICAS COLEGIADAS

destinava a rediscutir matéria fática. Afirmou, ainda, que a jurisprudência do tribunal entende possível a indenização em situações nas quais os danos não foram causados diretamente por agentes públicos, mas o Estado é quem produz a situação da qual o dano depende. É justamente o que ocorre nesse caso, em que o adolescente assassinado na rebelião estava sob custódia do Estado. Ainda que o Estado não tenha sido diretamente responsável por sua morte, ele construiu, por ato omissivo, as condições para tal. Com esses fundamentos, negou seguimento ao recurso¹⁶⁷.

Em outro caso, pedia-se indenização contra o Estado por impedimento de ingresso de criança em espetáculo, acompanhada dos pais, por não possuir idade compatível com a faixa etária recomendada pelo órgão fiscalizador. Alegava-se que o poder regulador tinha caráter meramente informativo e que não poderia ensejar a proibição de ingresso da criança no evento. O tribunal de origem entendeu que o fato não envolvia restrição à informação, expressão ou pensamento, mas tão-somente exercício regular do direito, na aplicação dos arts. 75 e 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente e em consonância com o art. 227 da Constituição Federal. No STF, o recurso teve seguimento negado por impossibilidade de discutir matéria infraconstitucional. A consequência prática, com isso, foi referendar decisão do tribunal de origem, que entendeu impossível a indenização nessa hipótese¹⁶⁸.

Tributário

As decisões nesta categoria, assim como ocorre na temática de inclusão de dependente, possuem apenas um subtema: discutem a aplicação de benefícios tributários.

A maioria das decisões nega seguimento aos recursos por ausência de repercussão geral.

Parte dos recursos envolve debate sobre o direito à imunidade de entidade beneficente de assistência social voltada à defesa de interesses de crianças e adolescentes¹⁶⁹. Há, além disso, decisões envolvendo classificação tarifária de livros para fins de ICMS ou imunidade tributária para importação de papel adesivo para a produção de cromos autocolantes e impressão de livros ilustrados. Nesse último tema, o STF entende que a imunidade tributária abrange papel destinado à impressão de livros ilustrados¹⁷⁰.

MENÇÃO EXPRESSA A TERMOS RELEVANTES NO STF

Nem todas as decisões envolvendo direito da criança ou do adolescente chegam a mencionar expressamente conceitos relacionados à doutrina da proteção integral¹⁷¹. Das 4.138 decisões no STF, apenas 5,46% (227 decisões) fazem menção expressa à expressão “prioridade absoluta”. Destas, 14 são acórdãos e 213 são decisões monocráticas. Quando a busca é expandida para os termos correlatos à prioridade absoluta – acrescentando proteção integral, melhor interesse, pessoa em desenvolvimento, o percentual aumenta para 12,1% (501 decisões). A **FIGURA 26**, a seguir, indica a proporção das decisões que mencionam a expressão “prioridade absoluta” ou termos correlatos, com relação ao total de decisões envolvendo criança ou adolescente.

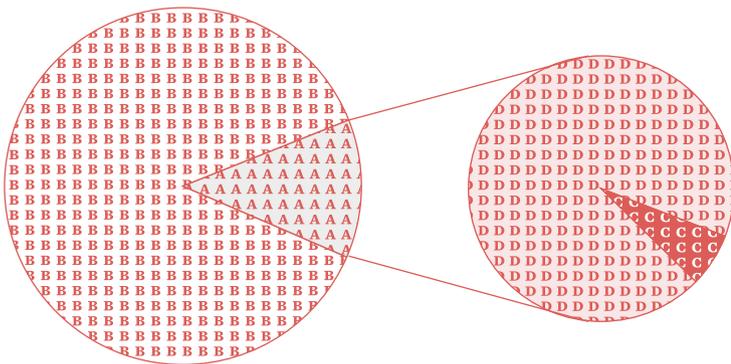
A ausência de menção expressa não significa, por si só, falta de atenção à prioridade absoluta. Mas olhar para as temáticas nas quais isso ocorre e para o modo como o direito da criança e do adolescente é interpretado em decisões que não mencionam a prioridade absoluta pode trazer pistas sobre como o tribunal interpreta o direito nos casos em que há menção expressa.

A prioridade absoluta, de acordo com a Constituição Federal, deveria incidir em todos os ramos do Direito. O que parece, contudo, é que apenas algumas searas são reputadas pelo STF como hábeis à incidência da prioridade absoluta.

Considerando-se as decisões que mencionam prioridade absoluta, destacam-se numericamente a temática de políticas públicas e a de convivência familiar. Ainda assim, a quantidade de decisões que mencionam termos relacionados à prioridade absoluta representa pouco mais de 20% do total de ações relativas à temática de convivência familiar. O percentual é similar àquele presente nas decisões relativas a ato infracional (19,3%). A despeito da proximidade no percentual de menções expressas, a análise das seções anteriores demonstrou que o modo como a proteção integral é interpretada, em casos de um ou de outro tema, é muito distinto. Ainda que a temática de convivência familiar tenha desafios, as decisões parecem partir de uma compreensão mais densa e protetiva de prioridade absoluta (**FIGURA 27**).

Em termos percentuais, contudo, a temática na qual há, proporcionalmente, mais menções ao termo é a de inclusão de adolescente sob guarda como dependente. Do total de decisões nessa temática, 27,9% fazem menção à prioridade absoluta. Apesar de a temática de penal conter mais menções a crianças e adolescentes, menos de 1% das decisões fazem menção expressa à prioridade absoluta. Cabe a ressalva de que mencionar prioridade absoluta não equivale a considerá-la na decisão. Em verdade, diversas decisões que mencionam termos relacionados à prioridade absoluta, melhor interesse da criança e proteção integral o fazem apenas no relatório, e não nas razões da decisão. Ainda assim, a menção expressa ao termo importa em sentido simbólico e para a densificação do conceito.

A evolução histórica das decisões que mencionam prioridade absoluta, por sua vez, indica um aumento progressivo,



<p>A MENCIONAM PRIORIDADE ABSOLUTA OU TERMOS CORRELATOS 501; 12%</p> <p>B NÃO MENCIONAM PRIORIDADE ABSOLUTA OU TERMOS CORRELATOS 3.637; 88%</p>	<p>C COLEGIADAS 32; 1%</p> <p>D MONOCRÁTICAS 469; 11%</p>
---	---

FIGURA 26. Menção expressa a termos relevantes no STF

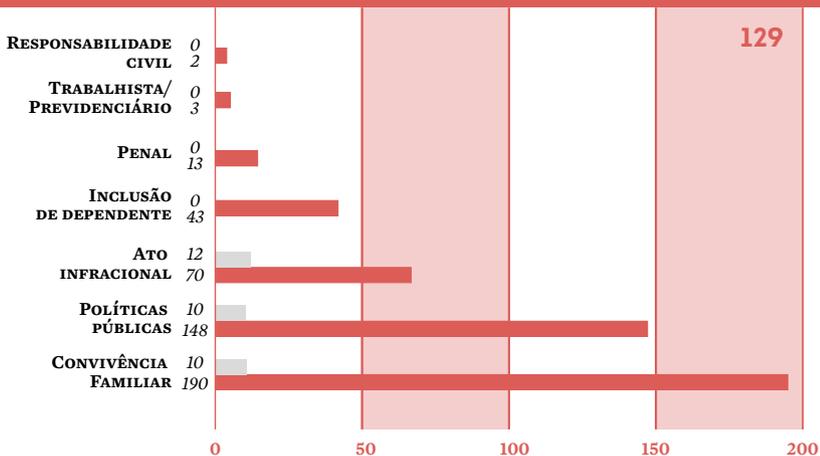


FIGURA 27. Distribuição temática das decisões que mencionam termos relevantes no STF

MONOCRÁTICAS COLEGIADAS

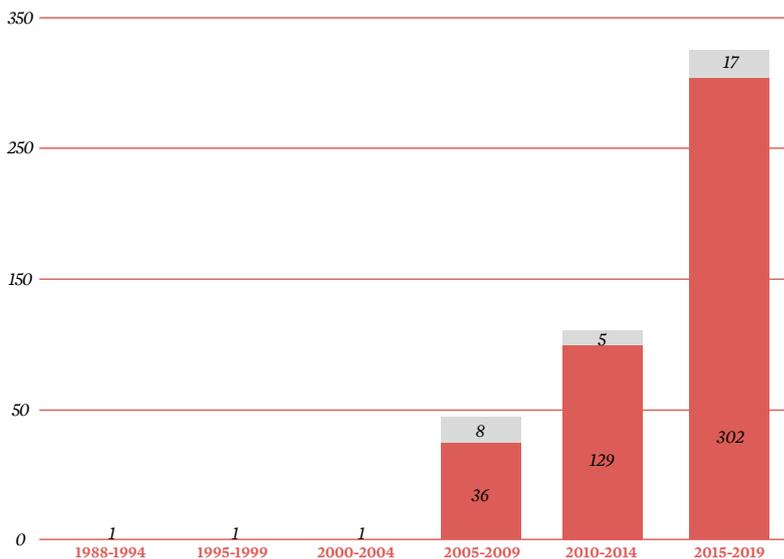


FIGURA 28. Evolução histórica da menção a termos relevantes no STF

MONOCRÁTICAS COLEGIADAS

no decorrer dos quinquênios, da menção a termos relacionados à proteção integral, como depreendido da **FIGURA 28**, na página anterior.

Isso pode apontar para uma progressiva absorção dos termos próprios da doutrina da proteção integral. A despeito da progressiva evolução, ainda é pequeno o percentual de decisões nas quais há menção a termos relacionados à proteção integral. Essa deficiência está associada a um dos desafios ao desenvolvimento da prioridade absoluta no STF, tema que será abordado adiante.

CASOS PARADIGMÁTICOS

A seguir serão listados 15 casos historicamente relevantes para compreender a interpretação do direito da criança e do adolescente pelo STF e construção do sentido e alcance da prioridade absoluta de acordo com o que prevê o art. 277 da Constituição Federal.

Eles envolvem decisões de proibição da censura em sala de aula (2018), *habeas corpus* coletivo para adequação da estrutura de unidade de internação (2018), vedação à dispensa arbitrária no caso de gravidez preexistente (2018), *habeas corpus* coletivo para prisão domiciliar a mães de crianças de até 12 anos (2018), obrigação de que escolas particulares viabilizem a inclusão de crianças e adolescentes com deficiência (2016), equiparação da licença-maternidade de gestantes e adotantes (2016), aplicação da presunção de inocência em processo de apuração de ato infracional (2014), impossibilidade de determinação de medida de internação no caso de porte de drogas de adolescente para consumo próprio (2014), obrigatoriedade de atendimento em maternidades estaduais (2013), excepcionalidade de medida de internação (2010), direito a visitas e convivência familiar de adolescente socioeducando (2007),

existência de direito subjetivo a vaga em escola ou creche (2005), legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de investigação de paternidade (2003), nulidade da aplicação de medida socioeducativa mais gravosa (2001) e configuração de tortura a policial militar que abusa de função e agride adolescentes para obter confissão (1994).

Os casos serão apresentados em ordem cronológica, do mais recente ao mais antigo.

Proibição da censura em sala de aula (ADPF 600, ADPF 461 e ADPF 526) — 2018

Tramitam perante o STF diversas ações tratando da temática da censura em sala de aula. Ainda que, até o final de 2019¹⁷³, não tenha ocorrido nenhum julgamento de mérito, o tribunal já conta com algumas decisões monocráticas suspendendo a eficácia de leis municipais ou estaduais que proíbem o ensino de gênero em sala de aula¹⁷⁴.

Entre as decisões monocráticas, a medida cautelar na ADPF 600, de relatoria do ministro Roberto Barroso, mobiliza a prioridade absoluta para justificar a necessidade de proteção de crianças e adolescentes. A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e pela Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais (ANAJUDH LGBTI) em face da Emenda à Lei Orgânica nº 55, de 14 de setembro de 2018, que altera o art. 165-A da Lei Fundamental do município de Londrina (PR), para proibir o ensino sobre gênero, bem como a utilização do conceito nas escolas locais.

Em decisão monocrática de junho de 2017, o ministro deferiu cautelar para suspender os efeitos da lei do município de Paranaguá (PR) que proibia o ensino de gênero. Em dezembro de 2019, deferiu liminar para suspender os efei-

tos da lei do município de Londrina com conteúdo similar. Em ambas as decisões, o ministro afirmou que:

Em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, dos adolescentes e dos jovens, a Constituição sujeita-os a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia [14]. Educar jovens sobre gênero integra tal regime especial de proteção porque é fundamental para permitir que se desenvolvam plenamente como seres humanos. Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos ou praticar doutrinação sobre o assunto. Significa ajudá-los a compreender a sexualidade, as distintas identidades e protegê-los contra a discriminação e a violência. A escola não pode ser um palco de mentiras no qual não entre em cena uma parte importante da vida: a dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. E os dados mostram que aqueles e aquelas que chegaram à universidade lidam melhor com essa realidade do que todos aqueles que param nas primeiras séries do ensino formal. É fundamental investir em uma revisão do currículo e das relações escolares, privilegiando a igualdade entre os sexos e as expressões de gênero. Não bastasse o exposto, a escola, ao lado da família, é identificada como um dos principais espaços de discriminação e de estigmatização de crianças e jovens transexuais e homossexuais. [...] É na escola que se pode aprender que todos os seres humanos são dignos de igual respeito e consideração. O não enfrentamento do estigma e do preconceito nas escolas, principal espaço de aquisição de conhecimento e de socialização das crianças, contribui para a perpetuação de tais condutas e para a sistemática violação da autoestima e da

dignidade de crianças e jovens. Não tratar de gênero na escola viola, portanto, o princípio da proteção integral assegurado pela Constituição.

Nem todas as decisões monocráticas suspendendo a legislação que institui censura em sala de aula exploram deste modo o conceito de prioridade absoluta, apesar de, indiretamente, aplicá-lo. Na ADPF-MC 526, em que o ministro Dias Toffoli, então relator da ação, determinou a suspensão da eficácia de lei do município de Foz do Iguaçu, o principal fundamento para a suspensão cautelar da lei municipal foi a usurpação da competência da União para legislar em matéria de educação. Ainda assim, o ministro afirmou que a legislação “suprime, portanto, campo do saber das salas de aula e do horizonte informacional de crianças e jovens, interferindo sobre as diretrizes que, segundo a própria Constituição, devem orientar as ações em matéria de educação”.

Mais do que repudiar a censura em sala de aula, essas decisões também atestam a importância da presença de discussões sobre gênero em sala de aula, pois são parte fundamental de um ensino voltado à superação de desigualdades.



HC Coletivo — condições precárias na Unidade de Internação Uninorte (HC-AGR 143.988) — 2018

Trata-se de *habeas corpus* ajuizado pela Defensoria Pública do Espírito Santo (DPE-ES), em favor de todos os adolescentes internos na Unidade de Internação Regional Norte (Uninorte), em Linhares (ES), alegando grave quadro de violação dos direitos humanos, pois onde deveriam estar internados no máximo 90 adolescentes, encontravam-se custodiados 201, sendo que 7 a 8 dividiam um quarto com

estrutura para 4. Não havia qualquer separação em razão da idade, compleição física, ato infracional cometido ou tipo de internação, conforme determina o art. 123 do ECA, e as oitivas de adolescentes revelaram reiterados relatos de agressões e torturas por agentes socioeducativos, que também foram aferíveis de imagens de rebelião ocorrida em fevereiro de 2015 e laudo de médico legista. Além disso, havia péssimas condições de higiene, esgoto exposto, mau cheiro e elevado número de mortes de reeducandos. Liminarmente, a DPE pedia que fosse tutelada a liberdade ambulatorial de todos os internos da Uninorte, limitando o número de socioeducandos que cumpriam a medida a 119% da capacidade de lotação da unidade socioeducativa. O percentual é extraído da taxa média de ocupação dos internos de 16 estados, aferido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em 2013.

A princípio, o ministro Edson Fachin negou seguimento com fundamento na impossibilidade de individualização dos internos. Em seguida, em razão da jurisprudência assentada no HC 143.641, em 2018, reconsiderou sua decisão e concedeu liminarmente a ordem requerida pelos impetrantes, referente a todos os pedidos da petição inicial, com exceção da fixação de multa. Com isso, determinou a delimitação da taxa de ocupação na Uninorte em 119%, com a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estivessem com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%. Caso não fosse possível, que atendesse ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei nº 12.594/2012¹⁷⁵, até que fosse atingido o mencionado percentual máximo de ocupação. Se isso também não fosse possível, que houvesse conversão das medidas de internação em internações domiciliares.

O ministro também fez menção a dispositivos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, bem como afirmou que:

o STF reconheceu que a estabilidade contra a dispensa arbitrária de mulheres grávidas prevista no art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) somente exige a anterioridade da gravidez, sendo indiferente seu prévio conhecimento. De acordo com o referido artigo, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

O recurso foi interposto contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), na qual se assentou que o desconhecimento da gravidez por parte do empregador – e até mesmo da própria mulher – não exclui o direito ao recebimento da indenização relativa ao período de estabilidade da gestante. No caso, o STF foi chamado a determinar o que significaria a expressão “desde a confirmação da gravidez” prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT, e responder se essa confirmação ocorreria com o conhecimento dela ou com o mero fenômeno biológico. Por maioria, guiados pelo voto do ministro Alexandre de Moraes, o tribunal concluiu pelo desprovimento do recurso, assentando que a estabilidade que veda a dispensa arbitrária de mulheres grávidas independe do conhecimento do empregador a respeito da gravidez. De acordo com trecho do voto do ministro:

O desconhecimento por parte da gestante, ou a ausência de comunicação – até porque os direitos sociais, e aqui a maternidade enquanto um direito também individual, são irrenunciáveis –, ou a própria negligência da gestante em juntar uma documentação e mostrar um atestado não pode prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido durante aqueles cinco meses. Obviamente, se não conseguir comprovar que a gravidez era preexistente à dispensa arbitrária, não haverá incidência desse direito social.

Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes pontuou que o objetivo da estabilidade de mulheres grávidas não é apenas proteger o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 da Constituição Federal estabelece a crianças e adolescentes. A estabilidade a mulheres grávidas, desde o momento em que constatada a gravidez do ponto de vista biológico, seria consequência da efetividade máxima do direito do recém-nascido, garantindo a possibilidade de convivência em proximidade com a mãe nos cinco primeiros meses após o nascimento, bem como a estabilidade econômica para seu sustento no início de sua vida.

Também o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, afirmou que o objetivo da regra constitucional seria garantir à mulher “condições materiais para levar adiante a gestação e manter-se, economicamente, até, pelo menos, os 5 meses de vida da criança”.

Apenas o ministro Marco Aurélio ficou vencido no julgamento. Para ele, ao reconhecer a estabilidade de mulheres independentemente da ciência da gravidez, o tribunal de origem acabou por impor responsabilidade objetiva ao empregador, bem como por extrapolar o significado do texto constitucional.

Prisão domiciliar a mães de crianças de até 12 anos (HC 143.641) — 2018

O HC 143.641 foi impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHU) e pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos, bem como em nome das próprias crianças. Argumentava-se que a prisão preventiva subtrai a mulheres grávidas o direito de contar com programas de saúde pré-natal e assistência na gesta-

ção e priva crianças de condições adequadas de desenvolvimento. Essa situação de tratamento desumano, cruel e degradante configuraria constrangimento ilegal.

O *habeas corpus* representou inovações processuais, bem como grandes avanços na interpretação do direito material tendo em vista a prioridade absoluta de crianças e adolescentes. Até o julgamento do HC 143.641, em 2018, o STF negava seguimento a *habeas corpus* coletivos com pacientes indeterminados ou indetermináveis, com fundamento na existência de outras ferramentas para a defesa coletiva de direitos. No HC 143.641, o STF reconheceu ser possível superar a dificuldade de identificação das pacientes por meio da citação da autoridade responsável para que disponibilizasse a lista de pessoas naquelas condições – no caso, o Departamento Penitenciário (Depen) e outras autoridades estaduais, para que apresentassem listas contendo os nomes e dados das mulheres presas provisoriamente nessas condições. A apresentação de uma listagem, ainda que provisória, foi reconhecida como suficiente para individualizar o grupo de pessoas beneficiadas pelo *habeas corpus* e, ao discernir direitos individuais homogêneos, justificar seu cabimento. E o fato de a ordem ser posteriormente ampliada a outras pessoas que venham a se mostrar em situação idêntica não seria excepcional, pois isso já faz parte da natureza do *habeas corpus*.

Em seu voto, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, pontuou existir uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, sejam submetidas a uma situação degradante. Esse cenário de grave falha estrutural já foi reconhecido em sede do julgamento da ADPF 347, quando o tribunal declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Informações do sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (Infopen) indicariam que pou-

quíssimos estabelecimentos dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, berçário e creche. Pesquisa referenciada por membras do CADHU¹⁷⁶ coletou relatos de partos em solitárias sem qualquer assistência médica, com a parturiente algemada, além de ausência de cuidado pré-natal, isolamento e afastamento abrupto de mães e filhos. Nesse cenário, crianças sofreriam injustamente consequências da prisão da mãe, o que estaria na contramão da prioridade absoluta prevista no art. 227 da Constituição Federal, bem como do princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, CF). Crianças nasceriam encarceradas, com graves danos em seu bem-estar físico e psicológico, em decorrência do encarceramento no início de sua vida e posterior separação de sua genitora ao atingir a idade máxima de permanência no cárcere. O voto do relator faz menção, também, a uma pesquisa que constatou a ocorrência de graves danos ao desenvolvimento da criança decorrentes da privação de suporte psicológico e das experiências comuns. O desenvolvimento da criança dependeria de experiências mediadas pelo afeto, essencial para a formação de pessoas saudáveis e emocionalmente estáveis.

A segregação de crianças, seja em presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, tem grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente ao desenvolvimento delas. Isso porque, “nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças”. Também a entrega abrupta da criança teria consequências traumáticas para ela, ao ser separada da genitora, que é, até aquele momento, sua única referência afetiva.

A situação degradante, decorrente de diversas deficiências na execução da política pública, fere a dignidade huma-

na de gestantes e mães, privadas de cuidados no pré-natal e no parto, bem como o direito das próprias crianças à proteção integral e a adequadas condições de desenvolvimento.

A situação fática estaria, de acordo com o relator, na contramão das inovações legislativas do Brasil para dar concretude à tutela de mulheres e crianças em situação de vulnerabilidade, como o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), que modificou o art. 318 do Código de Processo Penal para estabelecer a possibilidade de que juízes determinem prisão preventiva de gestante e mãe encarcerada com filhos de até 12 anos incompletos. Ao concluir seu voto no HC 143.641, o ministro afirmou que substituição de prisão preventiva por domiciliar não consistiria em faculdade, mas sim em dever legal do juiz. Com essas razões, concedeu o *habeas corpus* coletivo para deferir a prisão domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes.

As únicas exceções, não abarcadas pela concessão do *habeas corpus*, são casos de crimes cometidos com grave ameaça contra seus descendentes. No caso de reincidência ou outras situações excepcionais, o juiz deverá avaliar as circunstâncias do caso concreto, sempre observando a matriz da excepcionalidade da prisão e possibilidade de substituição por medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP. Para aferir a situação de guardião dos filhos, o juiz deve dar credibilidade à palavra da mãe.

A ação contou com 29 pedidos de participação como *amicus curiae*. Entre elas, o Instituto Alana demonstrou que as violações impostas aos direitos das crianças são essencialmente as mesmas nos casos de mães adolescentes cumprindo medida de internação em unidades de atendimento. Com esse fundamento, requereu a concessão da ordem de ofício não só às mulheres descritas como pacientes no *habeas corpus*, mas também sua extensão para as adolescentes que estão em situação análoga, ou seja, gestantes

ou mães internadas provisoriamente, para colocá-las em liberdade. O pedido foi deferido pelo STF, que estendeu a ordem também a adolescentes em situações similares no sistema socioeducativo. Esse caso é de especial importância porque é pautado duplamente pela prioridade absoluta: tanto para crianças quanto, no caso de mães adolescentes cumprindo medida socioeducativa de internação, as próprias mães adolescentes. Esse foi o tom do memorial do Instituto Alana, que requeria a extensão dos efeitos da decisão também a mães adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa. A decisão não densificou esse conceito e nem fez a relação de dupla incidência da prioridade absoluta de modo direto. Contudo, ao conceder de ofício a ordem nessa extensão, a decisão garantiu que adolescentes também fruissem dos seus efeitos.

Ao deferir o pedido, o STF reconheceu que o art. 227 da Constituição Federal deve ser compreendido como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. A constatação da autoaplicabilidade do art. 227 pode ter implicações para além das discussões do caso. Se o artigo foi reconhecido como autoaplicável, isso significa que ele independe de outros dispositivos infralegais para que possa regular situações de fato. Com isso, fica mais difícil argumentar que recursos fundados exclusivamente nesse dispositivo não podem ser apreciados pelo tribunal por se tratarem de matéria infralegal, relativa ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inclusão em escolas particulares (ADI-MC 5.357) — 2016

A ADI 5.357 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem) contra os arts. 30 e 28, § 1º, da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (LBI). Esses dispositivos aplicam às instituições privadas de ensino a obrigatoriedade de oferecer todas as condições,

tanto em termos de estrutura quanto de contratação de profissionais e adequação do meio acadêmico e social, de modo a viabilizar a inclusão em sala de aula. Isso incluiria: a obrigação de criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades; o aprimoramento desses sistemas educacionais visando ao acesso, permanência, participação e aprendizagem, oferecendo recursos e serviços para tal; a obrigação de adoção de medidas individualizadas e coletivas para maximizar o desenvolvimento acadêmico e social de estudantes com deficiência; a participação de pessoas com deficiência na comunidade escolar; o fornecimento de professores para o atendimento educacional especializado; e o acesso a pessoas com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e atividades recreativas, esportivas e de lazer no ambiente escolar. O ônus financeiro da adequação de estrutura para inclusão, além disso, não poderia ser repassado aos alunos com deficiência por nenhum tipo de cobrança adicional, seja em taxas de matrícula, seja na mensalidade.

Na ação, a Confenen alegava que a imposição da obrigatoriedade de adequação de sua estrutura para inclusão de crianças e adolescentes com deficiência violaria o princípio da livre iniciativa na prestação de serviços educacionais particulares (art. 209, CF) além de diversos dispositivos constitucionais, nos quais se incluía o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes. Argumentava que as escolas particulares teriam a faculdade de adequar suas instalações para a inclusão, mas não poderiam ter a obrigação de fazê-lo. Diante, ainda, da impossibilidade de cobrar diretamente do aluno com deficiência o custo adicional para as adequações na estrutura escolar, a associação argumentava prejuízo à totalidade de alunos, já que esse montante teria de ser diluído no valor da mensalidade arcado por todos os estudantes.

A ação contou com 12 pedidos de participação como *amicus curiae*. Em sua contribuição, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) pontuou, quanto ao art. 227 da CF, que a inclusão em salas de aula privadas não ofenderiam a determinação de proteção integral e, pelo contrário, lhe confeririam concretude, garantindo especial proteção a crianças com deficiência. Também o Instituto Alana argumentou, no mesmo sentido, que o dispositivo questionado não inovou na ordem constitucional, mas tão-somente consolidou garantias já constitucionalmente previstas de (i) atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, (ii) direito de todos à educação e (iii) dever do Estado, família e sociedade de assegurar direitos a crianças, com absoluta prioridade.

A ação foi julgada em junho de 2016, quando o plenário do STF concluiu, com voto condutor do ministro Edson Fachin, pela improcedência da ação. Ao reconhecer a plena constitucionalidade da lei, o tribunal entendeu admissível a obrigatoriedade de que escolas particulares adaptem sua estrutura para garantir a inclusão de estudantes, sem que para tal imponha custos adicionais aos alunos com deficiência. Em seu voto, o ministro argumentou que:

não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade. [...] Nessa linha, não se acolhe o invocar da função social da propriedade para se negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente [...] A Lei nº 13.146/2015 parece justamente assumir esse compromisso ético de acolhimento quando exige que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a

partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. [...] É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O cerne do argumento do voto do relator não é a prioridade absoluta, mas sim os dispositivos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A menção expressa à proteção integral acaba sendo lateral e só está presente no voto da ministra Rosa Weber, ao citar a íntegra dos dispositivos relacionados ao direito da criança e do adolescente e ao direito à educação (entre eles, o art. 227 da CF). Isso não significa, contudo, que a prioridade absoluta seja desconsiderada. Trecho do voto do ministro Edson Fachin parece revelar a consideração da importância da inclusão e pluralidade em sala de aula para o desenvolvimento de crianças e adolescentes ao afirmar que “o ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmudando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente”. Por esse argumento, o ensino inclusivo seria benéfico ao pleno desenvolvimento tanto de estudantes com deficiência quanto de estudantes sem.

Equiparação da licença-maternidade de gestantes e adotantes (RE 778.889) — 2016

Em decisão de 10 de março de 2016, o STF entendeu que o prazo de licença-maternidade de mães adotantes deveria ser igual ao prazo de mães biológicas. No núcleo do caso

encontrava-se interpretação da noção de proteção integral, sem discriminação, de crianças e adolescentes.

No caso, servidora pública federal obteve guarda provisória de criança com pouco mais de um ano de vida. Em razão desse fato, teve deferido o prazo de 30 dias de licença-maternidade, com base no art. 210 da Lei nº 8.112/1990, com posterior prorrogação por 15 dias, com base na Lei nº 11.770/2008. Recorreu à justiça, contudo, questionando o prazo total de 45 dias de licença-maternidade, argumentando que faria jus ao prazo de 180 dias de benefício, tal qual aquele conferido às gestantes pela Constituição Federal (art. 7º, XVIII), vedada a discriminação pelo art. 227, § 6º.

Com voto condutor do ministro Roberto Barroso, o STF alterou sua jurisprudência e passou a entender pela necessidade de equiparar o prazo da licença-maternidade de gestantes e adotantes. Em seu voto, o ministro fez um apanhado das regras de proteção à infância antes e após a Constituição Federal de 1988. A respeito da prioridade absoluta, afirmou o ministro:

A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra “prioridade”, a precedência em abstrato e “*prima facie*” dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao princípio do superior interesse do menor.

Em seu voto, o ministro ressaltou que a nova ordem constitucional passou a ver o conceito de família como funcional, como *locus* de afeto e companheirismo; passou a proteger a

maternidade como direito social e a determinar que o poder público estimule o acolhimento de crianças sob a forma de guarda, afastando a opção de institucionalização. Promoveu, com isso, a “ruptura com a legislação sancionatória, repressora e discriminatória que marcou o regime anterior”. Seguindo essa linha, o ECA e a Lei de Adoção veicularam essa melhor compreensão sobre a questão da infância.

Aplicação da presunção de inocência em processo de apuração de ato infracional (HC 122.072) — 2014

Em sede do julgamento do HC 122.072, em 2014, a Primeira Turma do STF determinou que a presunção de inocência aplica-se ao processo em que se apura a prática de ato infracional. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de adolescente condenado pela prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo qualificado. O juízo de primeiro grau, ao condená-lo, determinou a imediata execução da decisão, “independentemente de interposição de recurso”. O adolescente tentou pleitear sua liberdade, questionando essa determinação perante o Tribunal de Justiça e também perante o STJ, sem sucesso, e por essa razão impetrara *habeas corpus* perante o STF. No STF, alegava que a internação provisória teria sido determinada apenas com base na gravidade abstrata do delito. Ao decidir a questão, o voto do relator reconheceu a existência de flagrante ilegalidade. Isso porque o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao disciplinar a internação provisória, estabelece, em seu art. 108, a obrigação de demonstrar a necessidade imperiosa da medida. Apesar de estabelecer como provisória unicamente a internação decretada antes da sentença, argumentou que, enquanto existirem recursos pendentes, não se pode falar em internação definitiva. Desse modo, qualquer determinação de execução imediata

de medidas socioeducativas antes do trânsito em julgado sem que existam fundamentos para a internação provisória estaria em flagrante violação do princípio da presunção de inocência.

Na decisão, o ministro afirmou que, ainda que as medidas socioeducativas tenham primordialmente natureza pedagógica e finalidade protetiva¹⁷⁷, elas podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-afetivo. Por isso, deve-se aplicar o preceito da presunção de inocência também a casos relacionados ao direito infracional.

Desse modo, a execução provisória de medidas socioeducativas violaria princípios da presunção de inocência e devido processo legal. Necessário realizar, com isso, interpretação sistemática do art. 108 do ECA para concluir 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”.

Porte de drogas de adolescente para consumo próprio (HC 124.682) — 2014

Em sede do julgamento do HC 124.682¹⁷⁸, em 2014, o STF invalidou decisão que aplicou medida de internação a adolescente que portava drogas para consumo próprio. O *habeas corpus* havia sido impetrado contra decisão de ministro do Superior Tribunal de Justiça que extinguiu ação ajuizada pelo adolescente naquele tribunal. O *habeas corpus* buscava a revogação de medida socioeducativa de internação que havia sido imposta ao adolescente desde a primeira condenação do processo. O adolescente havia sido condenado por delito análogo àquele previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 – de porte de drogas para consumo próprio – e argumentava que esse ato infracional ense-

java aplicação de medida socioeducativa menos gravosa. O juiz havia justificado a medida de internação em razão da reiteração dos atos infracionais.

O STF, por unanimidade, reconheceu que a imposição de medida de internação seria desproporcional. Se o ato infracional é análogo a um crime para o qual a legislação penal prevê tão-somente pena restritiva de direitos, sem privação de liberdade, não faria sentido que o ato infracional tivesse por consequência a aplicação de medida mais grave, de internação. O voto condutor, do ministro Celso de Mello, repudiou a instrumentalização do princípio da proteção integral para finalidade positivista:

Sabemos que a criança e o adolescente recebem especial amparo que lhes é dispensado pela própria Constituição da República, cujo texto consagra, como diretriz fundamental e vetor condicionante da atuação da família, da sociedade e do Estado (CF, art. 227), o princípio da proteção integral. Nesse contexto, as medidas socioeducativas orientam-se, nos casos de atos infracionais cometidos pelo adolescente, no sentido de neutralizar a situação de perigo (ou de risco) em que esse mesmo adolescente se encontra, quando, por ação ou omissão, se coloque em estado de conflito com o ordenamento positivo, buscando-se, sempre, não obstante o caráter excepcional daquelas medidas, a adoção de providências que, respeitando o estágio de desenvolvimento e a capacidade de compreensão do menor inimputável, viabilizem a sua reintegração ao convívio social e, notadamente, à vida familiar.

O ministro ponderou que o ordenamento jurídico tem por objetivo implementar programas e planos de atendimento socioeducativo por meio de ações que articulam áreas de educação, saúde, assistência social, capacitação para o trabalho, cultura e esporte, tudo com o objetivo de dar efetividade

e concretude às funções de (i) responsabilizar adolescente e estimular reparação de danos, (ii) promover-lhe integração social, garantindo integridade de seus direitos individuais e sociais, e (iii) desaprovar sua conduta infracional, em conformidade aos objetivos estabelecidos na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Por isso, o melhor interesse da criança determinaria uma “justa sanção”, caracterizada pela “moderação, brandura, equilíbrio e, mais importante, sem qualquer ranço de vindita”, em conformidade com os objetivos estabelecidos na Lei nº 12.594/2012. A proteção de direitos da criança e do adolescente implicaria, por isso, assegurar, com absoluta prioridade, os direitos previstos no art. 227 da Constituição Federal.

A prioridade absoluta teria, com isso, duas implicações: exigência de solidariedade social e reconhecimento da dignidade humana de crianças e adolescentes, reconhecendo-as como sujeitos de direitos e impedindo sua opressão e instrumentalização. Ela jamais poderia ser subvertida de modo a levar à conclusão pela necessidade de punição de um adolescente. Concluiu o ministro que:

revela-se contrário ao sistema jurídico, por subverter o princípio da proteção integral do menor imputável, impor ao adolescente – que eventualmente pratique ato infracional consistente em possuir drogas para consumo próprio – a medida extraordinária de internação, pois, como precedentemente se verificou, nem mesmo a pessoa maior de dezoito anos de idade, imputável, pode sofrer a privação da liberdade por efeito de transgressão ao art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Com essas considerações, o tribunal reafirmou o entendimento da impossibilidade de impor a adolescentes tratamento mais gravoso do que aquele imposto a adultos condenados por atos análogos.

Obrigatoriedade de atendimento em maternidades estaduais (RE-AGR 581.352) — 2013

Em sede do julgamento do RE 581.352, em outubro de 2013, a Segunda Turma do STF referendou decisão monocrática do ministro Celso de Mello e concluiu pela possibilidade de determinação, em sede de ação civil pública, da obrigação de ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Apesar de breve, a decisão é importante para a interpretação da prioridade absoluta, pois ilustra diversos casos nos quais se aplica a jurisprudência de que determinações do Judiciário no sentido de satisfazer obrigações de fazer não violam o princípio da separação de Poderes.

O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Amazonas, em face de decisão do tribunal de origem em que se afirmou impossível determinar ao Estado a obrigação de adequação das instalações das maternidades, com o fundamento de que não caberia ao MP e ao Poder Judiciário impor necessidades sociais que o Executivo deveria prioritariamente defender, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes e da iniciativa do Executivo para projetos de lei que aumentem despesas.

Em decisão monocrática proferida em setembro de 2013, o ministro Celso de Mello deu provimento ao recurso e, discordando do tribunal de origem (TJ-AM), concluiu pela possibilidade de determinação da obrigação de adequação da estrutura de atendimento na maternidade, “pois o eventual acolhimento de seus argumentos certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida, à saúde e à assistência materno-infantil”.

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, julgado pela Segunda Turma em outubro do mesmo ano. O julgamento foi unânime e apenas o relator, ministro Celso

de Mello, juntou voto, basicamente reafirmando as razões que já havia trazido na decisão monocrática.

O núcleo da fundamentação da decisão foi o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal, bem como o princípio da proibição do retrocesso em matéria social. Ainda assim, o voto mencionou brevemente a noção de prioridade absoluta e pareceu conectá-la ao direito à cidadania:

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência materno-infantil (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde da criança e da gestante (art. 227 da Constituição da República), a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos arts. 196, 197 e 227 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à saúde, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o “dever da família, da sociedade e do Estado

assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde [...] além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência [...].”

Com essas premissas, concluiu que competiria ao Estado suprir omissões inconstitucionais e adotar medidas que restaurassem inércias de outros Poderes. Para isso, seria legítimo que o Judiciário impusesse multas cominatórias a pessoas jurídicas de direito público, como meio coercitivo indireto, por tempo de atraso na satisfação de obrigação de fazer.

A reserva do possível foi mencionada como um elemento importante, mas, de acordo com o relator, ela não poderia servir de pretexto para que o poder público se eximisse de suas obrigações constitucionalmente previstas, “a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa”.

Não são estabelecidos parâmetros para avaliar quando seria verificado um “justo motivo objetivamente aferível”, mas, considerando o pano de fundo do caso, é possível concluir que essa avaliação não depende necessariamente do modo como os fatos foram examinados pelo juízo de origem. Ou seja, o caso mostra que a Súmula 279, que proíbe ao STF o reexame de matéria fática, não parece ser um obstáculo para que o tribunal discorde do juízo de origem e conclua pela superação da reserva do possível e possibilidade de determinação de obrigações ao poder público¹⁷⁹.

Excepcionalidade de medida socioeducativa de internação (HC 105.917) — 2010

Diversos são os casos nos quais o STF afirma que a aplicação de medidas de internação deve ser o último recurso, quando não for possível aplicar medidas menos gravosas.

Para ilustrar o uso da prioridade absoluta para justificar a excepcionalidade de medidas de internação no direito socioeducativo, é útil recorrer ao antigo precedente assentado no HC 105.917, de relatoria do ministro Ayres Britto, que remonta ao ano de 2010.

No caso, o juízo de origem denegou pedido de *habeas corpus* com o argumento de que, apesar de a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas não levar de imediato à aplicação de medida mais gravosa, a internação se justificaria no caso porque o adolescente trabalhava como “olheiro de boca de fumo e segurança, e foi apreendido com arma de fogo”.

De acordo com a Defensoria Pública, que impetrou o *habeas corpus*, a conduta do adolescente não se enquadraria em nenhuma das hipóteses que autorizam a medida socioeducativa de internação. A interpretação extensiva desse dispositivo, com o objetivo de punir, “opõe-se diretamente ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente do ECA [...] além de fazer letra morta o princípio da legalidade”.

Ao apreciar a questão, o relator, ministro Ayres Britto, concluiu pela inexistência de razões a justificar a internação do adolescente. No caso, o juízo de origem teria embasado a internação na gravidade abstrata das condutas, o que não é admitido pela ordem constitucional e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. As previsões do art. 122 do ECA, desse modo, são taxativas e não admitem interpretação extensiva em prejuízo do adolescente.

Convivência familiar de adolescente socioeducando (HC 91.173) — 2007

Em sede do HC 91.173, julgado em outubro de 2007, o STF reconheceu, por unanimidade, a adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade o direi-

to de visitar sua família. O caso consistia em *habeas corpus* impetrado em favor de adolescente contra decisão do STJ que denegou pedido de realização de atividades externas pelo adolescente em cumprimento de medida de semi-liberdade, com o argumento de que as visitas deveriam ocorrer “de maneira progressiva e condicionada”. Com essa decisão, o juiz impediu a visita do adolescente à sua família, contrariamente ao disposto no art. 120 do ECA, que permite a realização de atividades externas sem necessidade de autorização judicial.

Em sua decisão, o ministro Celso de Mello, relator, valeu-se dos fundamentos do parecer do Procurador-Geral da República. De acordo com esse parecer, o Estatuto da Criança e do Adolescente teria por objetivo justamente a sua proteção, “bem como sua participação na vida familiar e comunitária, sendo esta última expressão do direito à liberdade, nos termos do art. 16, inciso V, da Lei nº 8.069/90”. Dessa forma, acrescentou o relator: “qualquer medida restritiva à liberdade do adolescente infrator deve ser, de modo geral, evitada, utilizando-se daquela apenas em casos extremos, e, nesses, com absoluta cautela”.

Com essas considerações, concluiu que não caberia ao juiz impor limitações inexistentes ao direito de realização de atividades externas previsto no art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O objetivo dessas atividades externas seria justamente a integração social do adolescente, com a escolarização e profissionalização fora da instituição. A integração na comunidade e na sociedade seria, argumenta o parecer, o objetivo das medidas socioeducativas no paradigma da proteção integral.

Valendo-se dessas razões e reafirmando diversos precedentes do tribunal em casos similares, o ministro Celso de Mello concluiu pelo acolhimento do pedido e determinação da possibilidade do exercício do direito à visita aos

país por parte do adolescente em cumprimento de medida de semiliberdade.

Vaga em escola ou creche (RE-AGR 410.715) — 2005

De acordo com jurisprudência do STF reafirmada em diversas áreas relacionadas ao direito da criança e do adolescente, a imposição de obrigações ao poder público não viola a separação de Poderes, porque tem como objetivo garantir a satisfação do texto constitucional. Com essa premissa, como visto, o STF decidiu diversas ações requerendo fornecimento de vaga em escola ou creche.

Por representar boa parte do universo de ações mapeadas, a discussão a respeito do fornecimento de vaga em escola ou creche é relevante à interpretação da prioridade absoluta. Nesse tema, contudo, o plenário do STF jamais se pronunciou. Os dois mais remotos precedentes nos quais as turmas decidiram pela constitucionalidade da determinação de fornecimento de vaga em creches e pré-escolas são o RE-AgR 410.715, julgado pela Segunda Turma em 2005, e o RE 554.075¹⁸⁰, julgado pela Primeira Turma em 2009¹⁸¹. O RE-AgR 410.715 foi ajuizado pelo município de Santo André (SP) contra decisão judicial que exigiu o fornecimento de atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil. O município argumentava que a oferta de educação pública obrigatória e gratuita não seria sua obrigação exclusiva, mas sim que deveria compartilhar esse dever com estado e União. Argumentou, ainda, que o atendimento de crianças deveria ser organizado dentro da razoabilidade que o orçamento público permitia. Diante da grande demanda e carência de recursos, os deferimentos de medidas liminares e sentenças obrigando matrículas em creches configurariam indevida ingerência na discriciona-

riedade do Poder Executivo, a quem competiria avaliar a conveniência na distribuição dos recursos e das vagas.

O voto do ministro relator, Celso de Mello, concluiu pela negativa de seguimento ao recurso. O ministro argumentou que a decisão agravada estaria de pleno acordo com o direito público subjetivo à educação, bem como o dever judicial de viabilizar, em favor de crianças de 0 a 6 anos, o efetivo acesso e atendimento em creches e pré-escolas.

O núcleo do argumento do voto foi a autoaplicabilidade do direito social à educação previsto no art. 208 da Constituição Federal. Contudo, o ministro mencionou brevemente a prioridade absoluta¹⁸², no trecho a seguir reproduzido:

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente [...] que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social do que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, notadamente pelo município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever de execução inafastável, sob pena de importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação.

Com essa decisão, o direito a vagas em pré-escolas e creches, previsto no art. 208, IV, da CF, foi reconhecido

como direito subjetivo e autoaplicável, de modo que os indivíduos podem acionar o poder público local para exigir que lhes seja garantida vaga em escola ou creche.

Nessa decisão, o ministro também reconheceu ser impossível invocar a noção de reserva do possível para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público.

Legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de investigação de paternidade (RE 248.869) — 2003

Em 2003, o STF reconheceu que o Ministério Público teria legitimidade ativa para ajuizar ação de investigação de paternidade na hipótese de inexistência de Defensoria Pública no estado. O julgamento ocorreu em sede do RE 248.869, julgado em agosto de 2003, de relatoria do ministro Maurício Corrêa.

Trata-se de recurso extraordinário com origem em ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, na qual o juízo de primeiro grau acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa do procurador de justiça. O juízo de primeiro grau rejeitou a preliminar, mas, interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça entendeu em sentido diverso e reconheceu a ilegitimidade, com o argumento de que o MP não estaria agindo em defesa do interesse público, coletivo ou difuso. Diante da decisão, o Ministério Público Estadual interpôs recurso perante o STF.

Na ocasião, o STF afirmou que a Constituição Federal adota a família como base da sociedade, a ela conferindo proteção do Estado. Seria também dever do Estado, com isso, assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, o que pressupõe seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, arts. 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º e

227, § 6º). O voto do relator, Maurício Corrêa, afirmou que a indisponibilidade do direito não é reconhecida em razão da natureza privada ou pública das relações, mas sim em razão da importância que elas têm para a sociedade. No caso, haveria interesse público e dever de tutelar essas garantias.

Essa legitimidade decorreria do dever de proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai.

Nessas ações, o direito à intimidade seria limitado pelo direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. Concluiu, assim, que:

Cuida-se aqui de defender, em nome da sociedade, direitos de menor, em seguimento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda o abrigo estatal. Não se pode olvidar a necessidade de oferecer às crianças a possibilidade de, independentemente da condição econômica que ostentem, valerem-se do direito constitucional e legal que têm a filiação. A propósito, muitos desses menores, sem condições de arcar com quaisquer despesas judiciais e de honorários, buscam, de forma subjacente, meios de subsistência perante o responsável. O direito em debate está ligado à família, à proteção, à dignidade e respeito à criança, bens amparados, como se sabe, pela Constituição, como dever do Estado e obrigação de toda a sociedade (CF, artigos 6º e 227), o que não apenas autoriza como recomenda a atuação do Ministério Público.

Por essa razão, o promotor de justiça, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, deveria ter legitimidade para ajuizar ação de investigação de paternidade.

Nulidade da substituição de medida socioeducativa por outra mais gravosa (RHC 81.035 — 2001 e HC 84.682 — 2005)

No julgamento do RHC 81.035¹⁸³, em 2001, de relatoria do ministro Moreira Alves, o STF entendeu haver nulidade da substituição de medida socioeducativa de liberdade assistida para medida mais gravosa, de internação, ocorrida desrespeitando a garantia da ampla defesa e devido processo legal. No caso, uma adolescente teve fixada medida de internação em razão do ato infracional de roubo qualificado. Posteriormente, a medida foi reavaliada e houve a determinação de medida de liberdade assistida, pelo prazo de seis meses, simultaneamente com medida protetiva de acompanhamento psicoterápico. Em determinado momento, sua genitora compareceu espontaneamente narrando “situação de penúria da jovem, morando em um terreno baldio e, juntamente com outros adolescentes drogados, fazendo uso de ‘crack’”. Diante do relato da mãe, o juízo determinou a aplicação de medida socioeducativa mais gravosa que a de liberdade assistida, sem ouvir a jovem. O STJ entendeu inexistir ilegalidade na medida, em razão da “incompatibilidade da liberdade assistida, com vistas à socioeducação da paciente que, na espécie, está passando ao largo dos ditames do art. 118, § 1º, da Lei 8.068/90”. Entendeu, ainda, inexistir violação à ampla defesa, “porquanto a vida que tem levado, onde o mundo real passa a se constituir de delírios e fantasias, impede que possa ela, conscientemente, externar qualquer tipo de justificativa apta a obstaculizar seu encarceramento”.

O STF, ao apreciar o caso, chegou a conclusão diversa. De acordo com o voto do relator, a ampla defesa deveria ser observada com ainda mais rigor no caso de processos que envolvem adolescentes. Por essa razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu art. 110, que nenhum adolescente será privado de liberdade sem o devido processo legal, tendo o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente. Trata-se das ramificações do princípio do contraditório e da ampla defesa no direito da criança e do adolescente. Por essa razão, antes de se fixar a medida socioeducativa mais gravosa, a autoridade judicial tem a obrigação de ouvir a adolescente, para que ela seja capaz de defender-se dos atos que lhe forem imputados, conforme o art. 43 da Lei nº 12.594/2011.

Em trecho de parecer reproduzido no relatório, o Ministério Público Federal indica que adolescentes são sujeitos, e não objetos de direito. Para além da ausência de oitiva da adolescente, violando o contraditório e a ampla defesa, a fixação de medida socioeducativa mais gravosa em si seria de qualquer modo ilegal, porque não encontra previsão legal no ECA. A aplicação de medida de internação pressupõe a prática de infrações cometidas com violência ou grave ameaça, ou no caso de reiteração no cometimento de outras infrações graves. Ainda, no caso de descumprimento da medida anteriormente imposta, de liberdade assistida, o juiz poderia ter aplicado medida de internação-sanção por prazo não superior a três meses (art. 122, III, § 1º, ECA), mas não a internação por tempo indeterminado.

Após essas reproduções e considerações, o ministro relator, Moreira Alves, seguiu o parecer do Ministério Público e concluiu pela necessidade de anulação da decisão que retornava a medida socioeducativa mais gravosa, para que se proferisse outra decisão respeitando o direito da adolescente ao contraditório e ampla defesa.

O caso ressalta a importância da taxatividade e da garantia estrita dos direitos de ampla defesa para adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas. Do caso, pode-se inferir que a prioridade absoluta não pode ser interpretada de modo a instrumentalizar o adolescente e negar-lhe a voz ou direitos na apuração e aplicação de medidas socioeducativas.

Quatro anos depois, em março de 2005, a Primeira Turma do STF voltou a debruçar-se sobre o tema da nova aplicação de medida socioeducativa mais gravosa, em sede do HC 84.682. Na ocasião, a Primeira Turma assentou que extrapola os limites da execução de medida socioeducativa a substituição de medida de semiliberdade por medida de internação por tempo indeterminado na hipótese de nova apreensão por prática de ato infracional de natureza grave. Isso porque o Estatuto da Criança e do Adolescente não autoriza a substituição de uma medida socioeducativa por outra em razão de superveniência de outra representação por prática de ato infracional do adolescente¹⁸⁴.

Abuso de função infligindo danos físicos a adolescente remonta ao crime de tortura (HC 70.389) — 1994

Em sede do HC 70.389, em 1994, o STF decidiu que pratica o crime de tortura o policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, abusa de sua função e inflige danos físicos a adolescente sujeito ao seu poder de coerção para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito.

No caso, dois policiais militares eram acusados de terem detido um adolescente e, no posto policial, cometido agressão a ele, causando-lhe lesões corporais. À primeira vista, a lesão corporal perpetrada pelos policiais teria tipicidade na justiça penal comum (art. 209, CP), na justiça

militar (art. 209, Código Penal Militar) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 233, ECA). Cabia ao STF determinar se os indivíduos deveriam ser processados perante a justiça comum ou justiça militar, bem como qual desses tipos penais incidiria.

O STF compreendeu que, pelo envolvimento de criança e tratamento especial da questão, aplicava-se o tipo penal do Estatuto da Criança e do Adolescente, e restrito à proteção da integridade física da criança ou adolescente. Ou seja, preponderava a legislação especial. Ainda assim, surgiu controvérsia no tribunal porque o relator, em seu voto, entendia que o ECA não teria definido suficientemente o conceito de tortura no tipo penal do art. 233. Diante da falta de especificidade do tipo penal, argumentava o relator, ele seria inconstitucional e não teria como processar os policiais militares tendo ele como fundamento.

Venceu, contudo, a divergência pela constitucionalidade do art. 233, capitaneada pelo voto do ministro Celso de Mello, segundo o qual a ausência de discriminação objetiva das modalidades de execução do crime não implica ausência de tipificação adequada. No caso, os policiais submeteram adolescente “sob autoridade, guarda e vigilância de ambos [...] com o fito de dele obter confissão pela prática de um furto, desferindo-lhe pontapés, socos e golpes de cassetete, que lhe provocaram extensas lesões”. O ministro entendeu que estariam configurados os elementos essenciais do tipo penal de tortura do art. 233 do ECA, isto é, (i) o sujeito passivo especial (criança ou adolescente) e (ii) o estado de submissão ou de dependência em relação ao autor da prática infracional.

Com isso, concluiu pela ocorrência da prática o crime de tortura no caso, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a ser julgado pela justiça comum, e não pela justiça militar. De acordo com o ministro Celso de Mello,

a norma inscrita no art. 233 da Lei n. 8069/90 constitui regra especial em reação àquela que emerge do art. 209 do Código Penal Militar, pois busca preservar a incolumidade física, psíquica ou moral da criança ou do adolescente em face das próprias autoridades ou agentes estatais e deve ser entendida na perspectiva delineada pelo preceito consubstanciado no art. 233, *caput, in fine* da Constituição, que, ao dispensar expressiva tutela jurídica à criança e adolescente, determinou que estes fossem colocados “a salvo de toda forma de (..) violência, crueldade e opressão.

O caso é relevante, pois, nele, o tribunal mobiliza o conceito de prioridade absoluta para concluir pela necessidade de repressão a condutas de agentes públicos que ocasionem violência, crueldade e opressão contra crianças.

CONCLUSÃO: A PRIORIDADE ABSOLUTA NO STF

Os dados apresentados nas seções anteriores mostraram como o Supremo Tribunal Federal – encarregado de decidir conflitos que envolvem a interpretação constitucional – constrói o conceito de prioridade absoluta a partir de sua jurisprudência.

No STF, entre 1988 e 2019, houve um total de 4.138 decisões envolvendo questões substanciais de direito da criança e do adolescente. Destas, 474 são acórdãos e 3.664, decisões monocráticas. Das decisões colegiadas, 420 foram proferidas por turmas e apenas 54 pelo Tribunal Pleno, isto é, pelo colegiado completo.

A regra da prioridade absoluta prevista no art. 227 da Constituição Federal propõe-se a nortear a aplicação do Direito da Criança e do Adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei federal, regulamenta a CF e dá concretude à proteção integral. É ele que estabelece o regimento de aplicação de medidas socioeducativas, regras de guarda e adoção e limitações a serviços considerando a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e a estruturação do sistema de proteção à criança e ao adolescente.

A amplitude da incidência da prioridade absoluta reflete-se nas categorias temáticas, que envolvem penal, ato infracional, convivência familiar – abarcando tanto questões penais quanto questões relativas ao direito civil de guarda e adoção –, questões previdenciárias, políticas públicas, responsabilidade civil e até direito tributário. Nesse sentido, seria de se esperar que a interpretação do STF abarcasse as distintas temáticas e densificasse o conceito nas diferentes áreas. Isso, contudo, nem sempre ocorre. A pesquisa foi capaz de identificar que, em diversas circunstâncias, o STF deixa de apreciar o mérito de questões, alegando inexistência de matéria constitucional.

O tribunal não deixa claro o que diferencia uma ofensa direta de uma ofensa meramente reflexa à CF no direito da criança e do adolescente. Foi possível observar, apesar disso, alguns padrões: discussões de guarda, adoção e inclusão de dependente para fins de pensão por morte ou em planos de saúde e discussões sobre transferência de servidores públicos para convivência familiar parecem dificilmente ultrapassar as barreiras processuais de admissibilidade. Isso também ocorre com alguns casos de avaliação de requisitos para aplicação de medidas socioeducativas. Como essas decisões de inadmissibilidade são, sobretudo, monocráticas, esse juízo é individual e a amplitude da delimitação varia de relator para relator. Mas a consequência é sempre a mesma: a perpetuação da decisão do tribunal de origem e, com isso, a interpretação sobre prioridade absoluta que o juízo de origem teve como premissa. As seções anteriores demonstraram que, muitas vezes, a aplicação dessas súmulas tem como consequência a perpetuação de decisões que deturpam o significado da prioridade absoluta.

As barreiras procedimentais também podem dar pistas da razão pela qual o conceito de prioridade absoluta parece um pouco mais densificado nas discussões sobre políticas públicas, sobretudo em razão de decisões que (i) instituem obrigações ao poder público para fornecimento de vaga em creche, adequação de escolas às exigências de acessibilidade e inclusão ou adequação das condições de habitabilidade de unidades de acolhimento institucional; e (ii) asseguram a convivência familiar em âmbito penal, sobretudo em relação à prisão domiciliar de mães de crianças de até 12 anos ou adolescentes em situação correlata e cumprindo medidas socioeducativas de internação.

Em diversas decisões nas quais o STF adentra no mérito, sua interpretação é protetiva. Em alguns casos, faz menção expressa à prioridade absoluta. E mesmo quando não faz menção expressa à prioridade absoluta ou ter-

mos correlatos, tem como premissa o melhor interesse da criança. Isso não impede que existam desafios e caminhos inexplorados. Dois dos principais desafios são a densificação do conceito de prioridade absoluta em distintas áreas e a uniformidade do tribunal na interpretação do direito da criança e do adolescente, principalmente em decisões monocráticas. A área que envolve ato infracional parece ser aquela na qual há mais desafios a serem travados.

O perfil histórico da atividade do STF na interpretação do direito da criança e do adolescente também diz muito sobre o modo como o litígio é travado no tribunal. Diz muito, com isso, sobre os atores que chegam ao tribunal, sobre o interesse por eles mobilizado e qual o contexto político-social no qual o litígio é travado.

O perfil da atividade do tribunal mudou muito desde o início de 1988. Essa mudança é perceptível tanto em números quanto no perfil temático das decisões. Entre 1988 e 1992, nenhuma decisão foi proferida em aplicação do art. 227 da Constituição Federal. Desde 1992, ano da primeira decisão do tribunal no tema, até 2007, a quantidade de decisões do STF é inexpressiva. Esse número começa a crescer a partir de 2007, com saltos em 2010, 2016 e 2018.

O crescimento parece coincidir com marcos jurisprudenciais e legislativos no direito da criança e do adolescente. O primeiro salto coincide com a estabilização da jurisprudência de obrigatoriedade do oferecimento de vaga em creches e pré-escolas. O aumento também pode ter sido influenciado pela criação da defensoria pública no estado de São Paulo, em 2006. Considerando-se a demora para que casos cheguem a tribunais superiores, a criação da Defensoria Pública também pode estar por trás do aumento progressivo de decisões em matéria penal, culminando em um grande salto a partir de 2010. Em 2016, o pico coincide com a promulgação da Lei nº 13.257, que alterou a redação

do Código de Processo Penal para prever a substituição de prisão preventiva por domiciliar quando a agente for gestante, mãe de filho de até 12 anos ou única responsável por seus cuidados. Em 2018, novo aumento ocorre após decisão em sede do HC 143.641, quando a Primeira Turma do STF reconheceu que juízes têm o dever de substituir a prisão preventiva por domiciliar prevista no art. 318 do CPP quando presentes os requisitos legais.

Essa evolução histórica mostrou mais uma vez como a temática das decisões é moldada pelo perfil do litígio e dos conflitos político-sociais refletidos na demanda que surge no tribunal. Isso explica por que, numericamente, as temáticas de ato infracional e de políticas públicas perderam espaço para a temática de convívio familiar no decorrer da história do tribunal.

Ainda no âmbito do perfil do litígio, identificou-se que quase todas as decisões do STF em matéria de direito da criança e do adolescente ocorrem em ações de controle difuso de constitucionalidade (99%). Nessas ações, a interpretação da CF é uma premissa para a resolução de uma disputa concreta, com um conflito subjetivo de interesses. Por essa razão, a interpretação conferida pelo STF está constricta aos interesses desses casos. Também esse elemento pode estar por trás do desafio na densificação do sentido e alcance da prioridade absoluta.

Nas seções seguintes, o perfil das decisões e dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal poderão ser contrastados com dados do Superior Tribunal de Justiça. Há muitas particularidades no modo como cada tribunal superior interpreta o direito. Contudo, há importantes desafios em comum, que serão tratados na última seção deste livro.

NOTAS DE RODAPÉ

24 Este caso é abordado com mais detalhes nas seções seguintes.

25 O primeiro intervalo possui 7 anos, e não cinco. Como não há nenhum caso entre 1988 e 1990 no universo de pesquisa, adotou-se opção de atribuir ao primeiro intervalo as decisões proferidas entre 1988 e 1994.

26 Como indicado na seção Metodologia, menções ocasionais a crianças e adolescentes sem qualquer influência no processo foram excluídas do universo de pesquisa.

27 HC 123.971, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julg. 25/05/2016; HC 176.674, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 23/10/2019.

28 HC 167.993, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 26/04/2019.

29 As circunstâncias e razões sustentadas nesse caso são abordadas com mais detalhes na seção de Casos Paradigmáticos.

30 O mesmo entendimento foi afirmado no HC 152.932, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 22/02/2018.

31 HC 143.641, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 24/10/2018.

32 Nesse sentido, alguns *habeas corpus* vêm sendo deferidos para conceder a prisão domiciliar que havia sido negada pelos juízos de origem com fundamento na ausência de prova da imprescindibilidade da mãe para a criança (HC 152.585, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 26/02/2018).

33 No HC 165.701, o ministro afirmou que a reincidência da traficância da mãe enquanto estava em liberdade provisória indicava ausência de sua imprescindibilidade para os filhos (HC 165.701, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 30/11/2018). No mesmo sentido: HC 176.265, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 27/09/2019. Também em sede do HC 154.600, a ordem não foi concedida de ofício porque as crianças teriam o "apoio familiar da tia e do genitor" (HC 154.600, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 11/04/2018).

34 No HC 165.812, o relator reproduziu relatos do juízo de origem a respeito das circunstâncias do crime (tráfico de drogas em seu domicílio). De acordo com o juízo de origem, "as drogas apreendidas e demais objetos – aí incluídas munições e coletes balísticos – estavam nas dependências da residência da paciente, a apontar o sério risco à integridade física e moral dos infantes, revelando-se mais prejudicial do que benéfico ao pleno desenvolvimento das crianças a manutenção da paciente no lar, local onde sobreveio a apreensão de todo o material ilícito e não reflete, a toda evidência, o melhor ambiente para as crianças crescerem e se desenvolverem". Reproduzindo esses fundamentos, o ministro entendeu inexistir constrangimento ilegal e não concedeu a ordem de ofício (HC 165.812, rel. min. Alexandre de Moraes, Monocrática, julg. 29/11/2018).

35 STJ, HC 441.781, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 12/06/2018, mencionado na decisão atacada no HC 175.700, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 16/09/2019. No julgamento, o ministro não reconheceu haver constrangimento ilegal.

36 Um recurso extraordinário não questiona diretamente uma proibição à visita, mas sim o ingresso de crianças com alimentos no estabelecimento prisional. Nele, o STF referenda decisão do tribunal de origem que proíbe o ingresso de crianças maiores de seis anos em estabelecimento prisional com alimentos, com a justificativa de que crianças podem alimentar-se antes ou após a visita (ARE 1.200.996, rel. min. Alexandre de Moraes, Monocrática, julg. 15/04/2019).

37 RHC 166.513, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 07/02/2019; RE 946.086, rel. min. Rosa Weber, Monocrática, julg. 15/02/2017.

38 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".

39 RHC 166.513, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 07/02/2019.

40 ARE 890.439, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 25/08/2017.

41 RE 946.086, rel. min. Rosa Weber, Monocrática, julg. 15/02/2017.

42 ARE 883.245, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 19/05/2015.

43 ARE 883.245, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 19/05/2015.

44 Rcl 33.769, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 03/04/2019.

45 RE 639.209, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 25/10/2016.

46 RE-Agr 600.616, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 26/08/2014; RE 537.040, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 03/08/2011.

47 Por exemplo, RE 1.061.044, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 24/11/2017.

48 RE 629.053, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 10/10/2018.

49 RE 248.869, rel. min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julg. 07/08/2003.

50 RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 02/06/2011.

51 HC 71.373, rel. min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julg. 10/11/1994.

52 HC 69.303, rel. min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julg. 30/06/1992.

53 Nesse sentido: RE 1.157.637, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 1º/08/2019; RE 961.104, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 26/04/2016.

54 RE 703.848, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 21/08/2012.

55 HC 114.901, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 27/11/2012; HC 114.901, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 12/12/2018.

56 Entre eles: STJ, HC 157.829/SP, rel. min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julg. 08/09/2010.

57 Trata-se do RE 608.898, sob relatoria do ministro Marco Aurélio. Seu julgamento foi finalizado em 25/06/2020, quando este relatório já estava em fase de revisão. Na ocasião, o tribunal deu provimento e fixou a tese de que o "§ 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do

ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob a guarda do estrangeiro e deste depender economicamente" (RE 608.898, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 25/06/2020).

58 Esse entendimento do tribunal restringe-se a casos de expulsão. Para casos de extradição, o STF tem súmula consolidada no sentido de que "não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro" (Súmula 421/STF).

59 Cabe a ressalva de que, como a quantidade total de decisões nos primeiros dois quinquênios é menor, flutuações pequenas são percentualmente significativas. As decisões relativas à destinação de recursos públicos e de regulação é exemplo disso. Trata-se apenas de três decisões (duas relativas à vinculação de receitas públicas e uma relativa ao sequestro de verbas públicas), mas acabam por representar 33,3% em razão do pequeno número total. Já as decisões sobre regulação envolvem a submissão compulsória ao fornecimento de DNA para teste de paternidade, regulação do trabalho educativo e divulgação de informações sobre adolescente a quem se atribua ato infracional em meio de comunicação.

60 RE 554.075, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julg. 30/06/2009.

61 ARE-AgR 639.337, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 23/08/2011.

62 RE 1.003.481, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 17/09/2018.

63 ARE 1.080.825, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 25/10/2017; RE 1.103.087, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 1º/02/2018; ARE 1.096.323, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 11/12/2017; RE 961.512, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 20/06/2016.

64 RE 947.874, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 23/02/2016; RE 1.102.618, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 26/02/2018.

65 ARE 1.034.954, rel. min. Marco Aurélio, Monocrática, julg. 16/02/2018.

66 ARE 1.148.234, rel. min. Rosa Weber, Monocrática, julg. 1º/08/2018; ARE 880.791, rel. min. Alexandre de Moraes, Monocrática, julg. 02/02/2018.

67 ARE 1.121.579, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 30/05/2018.

68 RE 1.184.742, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 05/02/2018.

69 ARE 1.189.118, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 18/03/2019; ARE 1.139.066, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 25/06/2018; ARE 1.076.316, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 06/03/2018.

70 ARE 1.161.983, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 25/09/2018;

no mesmo sentido, ARE 928.654, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 15/08/2017.

71 ARE 1.143.920, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 1º/08/2018; RE 563.216, rel. min. Rosa Weber, Monocrática, julg. 10/02/2013; ARE 1.132.131, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 30/08/2018.

72 ARE-AgR 839.629, rel. min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julg. 02/02/2016; ARE 850.154, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 28/11/2014; ARE 758.111, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 30/08/2013; ARE 838.816, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 22/10/2014; ARE 970.587, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 20/05/2016.

73 RE 909.983, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 17/09/2015.

74 RE 1.171.643, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 28/08/2019.

75 RE 1.044.478, rel. min. Rosa Weber, Monocrática, julg. 13/11/2018.

76 ARE 646.235, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 1º/08/2011.

77 AI 698.478, rel. min. Joaquim Barbosa, Monocrática, julg. 18/05/2012.

78 AC 2.019, rel. min. Eros Grau, Monocrática, julg. 17/04/2008.

79 RE-AgR 1.165.054, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 31/05/2019.

80 RE-AgR 581.352, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 29/10/2013.

81 RE 1.242.632, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 13/12/2019.

82 RE 1.190.050, rel. min. Marco Aurélio, Monocrática, julg. 07/03/2019.

83 RE 602.652, rel. min. Eros Grau, Monocrática, julg. 29/09/2009.

84 RE 909.964, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 11/11/2015.

85 RE 596.756, rel. min. Joaquim Barbosa, Monocrática, julg. 31/08/2010; RE 613.730, rel. min. Joaquim Barbosa, Monocrática, julg. 27/08/2010; AI 592.098, rel. min. Joaquim Barbosa, Monocrática, julg. 09/08/2010; RE 51.346, rel. min. Ellen Gracie, Monocrática, julg. 23/06/2010; RE 482.741, rel. min. Eros Grau, Monocrática, julg. 14/12/2009.

86 ARE 907.637, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 30/03/2017.

87 RE-AgR 1.139.140, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 12/04/2019.

88 ARE 1.215.729, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 30/08/2019.

89 ARE 979.164, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 19/09/2017.

90 RE-AgReg 1.155.959, rel. min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julg. 30/11/2018.

91 ARE 1.206.151, rel. min. Marco Aurélio, Monocrática, julg. 17/05/2019.

92 ARE 1.126.840, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 15/05/2018.

93 O caso no qual foi fixada esta tese de repercussão geral envolvia a realização de obras em estabelecimentos prisionais. O tema foi fixado no julgamento do RE 592.581, rel. min Ricardo Lewandowski, julg. 13/08/2015.

94 ARE-AgR 963.663, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 25/08/2017.

95 MS 31.902, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 17/10/2015; MS-AgR-segundo 31.902, rel. min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julg. 1º/12/2015.

96 MS 34.490, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julg. 27/11/2018.

97 AI-AgR 779.066, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. 17/11/2017.

98 ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 31/08/2016.

99 Como a ADPF 130, na qual o STF reconheceu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa.

100 ARE 1.168.303, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 14/10/2019.

101 AI 637.781, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 20/03/2007; no mesmo sentido, ARE-AgR 1.014.179, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 18/05/2017.

102 RE 413.508, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 27/02/2004.

103 ADI 5.326, rel. min. Marco Aurélio, Monocrática, julg. 14/08/2015. O julgamento de mérito já teve início em 2015, mas foi suspenso por pedido de vista de Teori Zavaski, após os votos do relator e do min. Edson Fachin. Até a data de fechamento desta pesquisa, seu julgamento de mérito ainda não havia sido finalizado.

104 Foi o que ocorreu na ADPF 600, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 12/12/2019; ADPF 465, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 24/08/2018; ADPF 526, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 28/06/2018, e ADPF 461, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 16/06/2017.

105 Em 29 de abril de 2020, o STF finalizou o julgamento de mérito da ADPF 457, julgando-a procedente e reconhecendo a inconstitucionalidade de lei do município de Novo Gama (GO) que proibia a utilização em escolas públicas municipais de materiais didáticos que contivessem o que denominava "ideologia de gênero". Em 8 de maio, o tribunal reafirmou esse posicionamento e entendeu inconstitucional lei do município de Foz do Iguaçu (PR) que continha conteúdo similar. Desde então, diversas outras ações foram julgadas, reafirmando tal entendimento.

106 RE 888.815, rel. min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julg. 12/09/2018. O caso teve origem quando ato do secretário municipal de educação do Município de Canela (RS) negou solicitação de pais que pretendiam aplicar ensino domiciliar ao filho e recomendou sua imediata matrícula na rede regular de ensino. Contra esse ato os pais impetraram mandado de segurança, mas o tribunal de origem negou provimento sob a justificativa de inexistência de previsão legal do sistema de ensino domiciliar.

107 O julgamento foi finalizado em 1º/08/2018, mas o acórdão não foi publicado até o fechamento desta pesquisa. Como o acórdão ainda não foi publicado, ele não constava no banco de decisões do STF no momento da montagem do banco de dados da pesquisa e, por isso, não foi incluído na análise. Optamos, contudo, por fazer constar a decisão no relatório porque decisões monocráticas posteriores já reproduzem a tese fixada na decisão e afirmam ser esse o entendimento consolidado (ARE-AgR 964.145, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 19/12/2018; e RE 1.169.723, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 21/11/2018).

108 ADI-MC 682, rel. min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julg. 20/03/1992; também ADI 682, rel. min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julg. 08/03/2007.

109 ADI 4.439, rel. min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julg. 27/09/2017.

110 RE 601.866, rel. min. Joaquim Barbosa, Monocrática, julg. 29/09/2011.

111 Rcl 32.555, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 20/11/2018.

112 ADI-MC 6.039, rel. min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julg. 13/03/2019.

113 HC-MC 89.396, rel. min. Cezar Peluso, Monocrática, julg. 30/10/2006. O julgamento de mérito, ocorrido em 1º/10/2009, só estava disponível no corpo do acompanhamento processual, em formato de documento word e, provavelmente, por isso, não constava da base de decisões do STF. Sendo assim, a decisão não consta do banco de dados da presente pesquisa, mas foi mencionada no corpo do texto porque tem relação com decisão que dele consta.

114 Na decisão, o ministro também concluiu inexistir inconstitucionalidade no art. 230 do ECA, que prevê pena de seis meses a dois anos de prisão para

quem privar criança ou adolescente de sua liberdade. A decisão não se encontra no banco de dados de decisões mapeadas, pois seu acórdão ainda não se encontrava publicado no momento de fechamento da pesquisa – a data de publicação é 30/07/2020. Com isso, ela não surgiu nos resultados da busca avançada. Ainda assim, dada sua relevância, contemporaneidade e relação temática, optamos por mencioná-la nesta nota de rodapé.

115 ADI 1.689, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julg. 12/03/2003

116 A ação de controle abstrato relacionada ao repasse de recursos do Fundef ainda não foi julgada. Trata-se da ADI 6.049, rel. min. Ricardo Lewandowski.

117 ARE 1.122.521, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 08/02/2019; ARE 1.197.794, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 27/08/2019.

118 O caso não se encontra no banco de dados coletado porque não possui menção expressa aos termos "criança ou adolescente" em sua ementa ou em sua indexação. Contudo, foi incluído na narrativa por ser mencionado em decisão monocrática que faz parte do universo de pesquisa.

119 O Fundef foi extinto pela Emenda Constitucional nº 53, em 2006, e substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb).

120 RE 603.033, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 03/11/2009.

121 ADPF 484, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 16/11/2017.

122 O julgamento de mérito da ação foi finalizado em 24/06/2020, após o fechamento deste banco de dados. Na ocasião, o tribunal confirmou parcialmente a medida cautelar, entendendo impossível o bloqueio e sequestro dessas verbas voltadas à educação, mas possível o sequestro de outros recursos não recebidos do poder público, mas sim de doações particulares. Apesar de destinadas à educação, essas doações particulares poderiam ser utilizadas para satisfazer obrigações trabalhistas. A decisão também entendeu que essas entidades não deveriam se submeter ao regime de precatório, pois também gerem recursos privados (ADPF 484, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julg. 24/04/2020).

123 Por exemplo: HC 109.077, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julg. 08/09/2011; HC 122.886, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 19/08/2014; HC 105.917, rel. min. Ayres Britto, Segunda Turma, julg. 07/12/2010; HC 85.598, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julg. 25/10/2005.

124 HC 94.447, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 12/04/2011.

125 HC 177.198, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 18/10/2019.

126 HC 124.682, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 16/12/2014.

127 HC 105.051, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julg. 02/08/2011.

128 HC 84.218, rel. min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julg. 24/11/2004. Essa posição continua sendo reiterada em decisões monocráticas, das quais pode-se citar o RHC 179.442, em que o rel. min. Roberto Barroso (julg. 16/12/2019) afirma: "8. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, 'embora o ato infracional não tenha sido praticado com violência e grave ameaça a pessoa (tráfico de drogas), há informações nos autos que evidenciam contumácia do ora paciente em atos infracionais de natureza grave, bem como o descumprimento injustificável de medidas anteriormente impostas' (HC 112.248, rel. min. Teori Zavascki)". O mesmo entendimento foi reiterado em sede do RHC 178.227, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 12/11/2019.

129 HC 93.900, rel. min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julg. 10/03/2009.

130 HC 88.748, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 08/08/2006.

131 HC 88.748, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 08/08/2006.

132 Naquele tribunal, contudo, como exposto na seção destinada ao STJ, não parece haver uniformidade decisória. Na prática, adolescentes parecem sujeitos a uma loteria. A depender do sorteio no STJ, os adolescentes são agraciados por decisão favorável. Se não o são, pouco adianta recorrer ao STF.

133 HC 84.218, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julg. 24/11/2004.

134 Por alguma razão, este precedente, e não o mais remoto no tema, é citado com frequência em decisões do STJ.

135 HC 94.447, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 12/04/2011.

136 Por exemplo, RHC 178.227, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 12/11/2019; HC 160.719, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 16/08/2018.

137 HC 84.682, rel. min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julg. 22/03/2005.

138 HC 74.890, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julg. 03/02/1998.

139 RHC 160.612, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 21/08/2018.

140 HC 97.539, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, julg. 16/06/2009; HC 96.745, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, julg. 28/04/2009.

141 HC-MC 107.200, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 28/06/2011.

142 HC 122.072, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 02/09/2014.

143 HC 124.682, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 16/12/2014.

144 HC 86.214, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, julg. 06/12/2005.

145 HC 98.518, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, julg. 25/05/2010.

146 HC 88.639, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julg. 03/10/2006.

147 HC 94.000, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, julg. 17/06/2008.

148 A Unidade Experimental de Saúde é uma instituição destinada à internação de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas que tenham sido diagnosticados com transtornos de personalidade, criada em 2007 por meio de ato infralegal do Governo do Estado de São Paulo. A instituição, contudo, acabou se tornando uma arena de punição de adolescentes em razão de pretensa periculosidade, em violação ao que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (ROSATO, Cássia; OLIVEIRA FILHO, Pedro. Judicialização de vidas indignas: o caso da Unidade Experimental de Saúde em São Paulo. **Pesquisas e Práticas Psicossociais**, 13(2), São João del-Rei, mai./ago. 2018).

149 HC 167.944, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 11/12/2019.

150 Os *habeas corpus* denunciam precariedades nas instalações de unidades de internação similares àquelas reveladas em ações civis públicas que procuram impor obrigações de fazer ao Estado no sentido de adequação de instalações de unidades de internação. Contudo, foram categorizadas na temática de ato infracional por causa da natureza de seu pedido, que não tem por objeto a melhoria das instalações em si, mas sim alterações na situação dos socioeducandos (transferindo-os ou garantindo sua liberdade).

151 De qualquer modo, diante da gravidade da situação, a decisão encaminha à PGR e à defensoria para adotarem providências que entenderem cabíveis.

152 Em 25/08/2020, o plenário confirmou a decisão e decidiu o mérito da questão, em sentido similar àquele presente na cautelar monocrática. O acórdão não entrou no universo de pesquisa, pois a decisão ocorreu posteriormente ao fechamento do banco.

153 Trata-se do que foi decidido no HC-MC 133.495, rel. min. Marco Aurélio, Monocrática, julg. 22/08/2016. O caso envolvia adolescente que a princípio cumpria medida de liberdade assistida e que, após decisão judicial, passou

a cumprir medida de internação. A decisão restabeleceu o cumprimento da medida de liberdade assistida, pois não existia unidade de internação adequada em sua região (Itapetininga), sendo a mais próxima em São Paulo. Além disso, como o ato não contava com violência e havia pequena quantidade de droga e dinheiro apreendidos, a medida de internação, naquelas condições, não teria fim pedagógico.

154 HC 136.470, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 1º/09/2016.

155 MS-AgR 32.471, rel. min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julg. 06/10/2017.

156 MS-AgR 30.141, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. 15/03/2016; MS-AgR 29.249, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. 27/10/2015.

157 MS 35.679, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 12/11/2019.

158 MS-AgR 31.934, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 27/05/2014; MS-AgR 31.687, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 11/03/2014.

159 MS-MC 25.106, rel. min. Carlos Velloso, Monocrática, julg. 23/11/2004.

160 MS-AgR 27.052, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 13/10/2015.

161 MS 35.679, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 12/11/2019.

162 AI-AgR 834.385, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julg. 03/05/2011; RE 366.492, rel. min. Eros Grau, Monocrática, julg. 10/09/2004.

163 MS 25.823, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julg. 25/06/2008.

164 RE 906.259, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 16/09/2015.

165 ARE 917.742, rel. min. Rosa Weber, Monocrática, julg. 23/11/2015.

166 ADI-MC 5.938, rel. min. Alexandre de Moraes, Monocrática, julg. 30/04/2019.

167 AI 753.947, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 02/02/2011.

168 Ainda que o pedido fosse inusitado, ele relaciona-se à temática que o STF reputou relevante ao julgar a ADI 2.404, em sede da qual o STF entendeu inconstitucional a imposição de multa e suspensão de programação a emisoras que exibem programa fora do horário estipulado na classificação indicativa, e assentou que a classificação indicativa é uma recomendação, e não uma obrigação. É curioso verificar que o tribunal assenta a impossibilidade de constringer meios de comunicação e impedi-los de exibir determinados conteúdos em horário diverso do autorizado, mas referenda decisões que entendem inaplicável a indenização no caso de criança impedida de ingressar em evento artístico recomendado a indivíduos com idade diversa.

169 Por exemplo, ARE 909.375, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 26/11/2015.

170 RE 734.566, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 15/04/2013; AgR, RE-AgR 339.124, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julg. 19/04/2005.

171 Para a construção desta seção, realizamos busca no site do STF pelos termos "proteção adj integral", "prioridade prox2 absoluta", "melhor adj2 interesse", "pessoa adj2 desenvolvimento", bem como "art. 4º, ECA". Os resultados obtidos nesta pesquisa foram correlacionados com os resultados obtidos pela busca dos termos "criança ou adolescente", de modo a identificar em quantos dos casos que mencionam expressamente criança ou adolescente há, adicionalmente, menção expressa aos termos indicativos da doutrina da proteção integral, em sua ementa ou indexação. À época da realização da pesquisa, a nova interface da busca avançada do site do STF não estava disponível, de modo que não foi possível pesquisar pelo inteiro teor dos acórdãos.

172 A seção Metodologia explicita os critérios para seleção dos casos paradigmáticos.

173 Em 29 de abril de 2020, o STF finalizou o julgamento de mérito da ADPF 457, julgando-a procedente e reconhecendo a inconstitucionalidade da lei do município de Novo Gama (GO) que proibia a utilização em escolas públicas municipais de materiais didáticos que contivessem o que denominava "ideologia de gênero". Em 8 de maio, o tribunal reafirmou esse posicionamento no julgamento do mérito da ADPF 526 e entendeu inconstitucional lei do município de Foz do Iguaçu (PR) que continha conteúdo similar. Outras ações sobre o tema também foram, desde então, julgadas. Como o fechamento do banco de dados desta pesquisa ocorreu em 31 de dezembro de 2019, todas as decisões proferidas ou publicadas desde então ficaram de fora do banco.

174 ADPF 600, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 12/12/2019; ADPF 465, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 24/08/2018; ADPF 526, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 28/06/2018; ADPF 461, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 16/06/2017.

175 Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

(...)

II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência;

(...).

176 BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **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. Série Pensando o Direito, nº 51. 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>

177 A própria decisão fez menção a essa finalidade. Contudo, cabe a ressalva de que não há doutrina consolidada a respeito da natureza das medidas socioeducativas. A Lei nº 12.594/2012 estabelece, em seu art. 1º, § 2º, que os objetivos das medidas socioeducativas seriam "I – a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II – a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III – 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".

178 HC 124.682, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 16/12/2014.

179 Cabe a ressalva de que, em seu voto, o ministro não adentrou em análises concretas relacionadas ao orçamento. Ele tão-somente enfatizou a importância do direito à saúde, da proteção integral às crianças e da cidadania e concluiu que o poder público não pode se eximir utilizando como pretexto a ausência de recursos orçamentários.

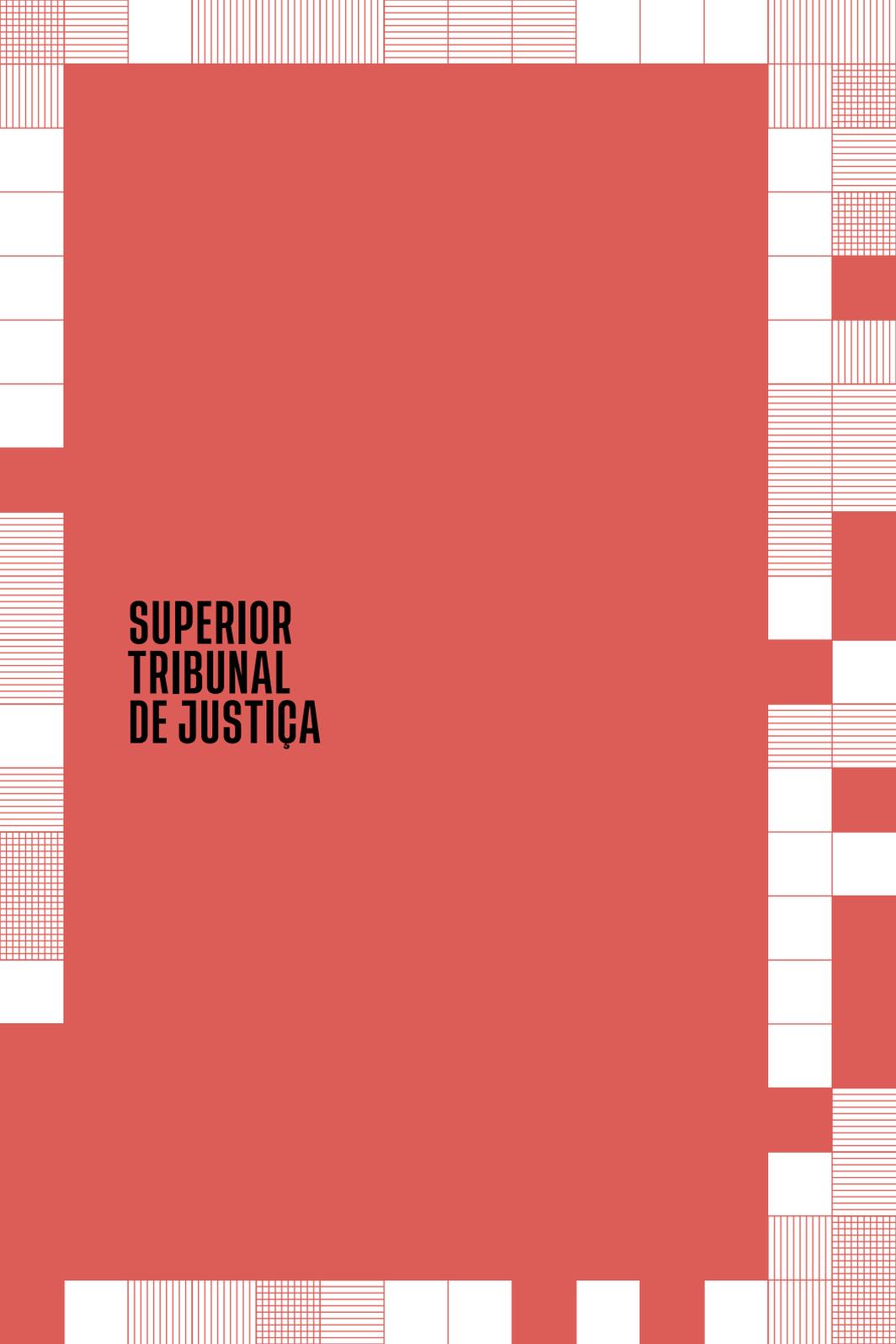
180 RE 554.075, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julg. 30/06/2009.

181 A primeira decisão colegiada no tema é, na verdade, de 2003, mas teve seguimento negado por questões formais (Al-AgR 410.646). O mesmo ocorreu com a segunda decisão colegiada na temática, em sede do RE-AgR 401.023, de 2004, no qual tão-somente houve a aplicação da Súmula 283 e negativa de seguimento.

182 A prioridade absoluta também é mencionada nos julgamentos do RE-AgR 463.210, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julg. 06/12/2015; ARE-AgR 639.337, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 23/08/2011; ARE-AgR 903.565, rel. min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julg. 06/10/2015; RE-AgR 1.076.911, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 16/03/2018, todos na mesma temática.

183 RHC 81.035, rel. min. Moreira Alves, Segunda Turma, julg. 21/08/2001.

184 HC 84.682, rel. min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julg. 22/03/2005.

The image features a solid red background. On the left and right sides, there are vertical strips of white grid patterns. These patterns consist of horizontal and vertical lines of varying thicknesses, creating a textured, architectural feel. The text is positioned on the left side of the red area.

**SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

PERFIL GERAL DO LITÍGIO

A partir dos critérios de busca utilizados por esta pesquisa, foram levantadas 8.408 decisões proferidas no STJ que mencionam de alguma forma crianças ou adolescentes¹⁸⁵. Nota-se, logo de início, que esse número significa mais do que o dobro das decisões proferidas pelo STF no mesmo período. Essa é, inclusive, uma característica das ações que contemplam interesses de crianças e adolescentes, cuja competência tem sido atribuída ao STJ, constatada também pelo alto número de recursos não admitidos pelo STF diante da inconstitucionalidade reflexa.



Distribuição temática

As decisões estão divididas em oito temas: ato infracional; convivência familiar; inclusão de dependente; penal; políticas públicas; responsabilidade civil; trabalhista/previdenciário; e tributário. A proporção da distribuição temática é a demonstrada na **FIGURA 29**, a seguir.

É de se notar a prevalência das decisões que tratam de atos infracionais, significando quase metade do banco, seguido daquelas relativas à esfera penal (especialmente crimes cometidos na companhia de crianças ou adolescentes ou crimes que os têm como vítimas) e convivência familiar (com destaque, como será visto com mais detalhes, para as concessões de prisão domiciliar às mães presas). Apesar da preponderância quantitativa desses temas no universo, destaca-se que as temáticas de políticas públicas e de inclusão de dependente mostraram-se como focos importantes na garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, considerando-se a absoluta prioridade com que devem ser tratados. Ressalta-se, portanto, logo de início, como a pauta de julgamentos do STJ foi tomada nos últimos 30 anos por questões ligadas ao direito penal e à justiça juvenil.



Evolução histórica (FIGURA 30)

Interessante observar como as decisões foram aumentando ao longo dos anos. Considerando-se as primeiras, datadas de 1989, até 1999 não se chegou a 100 decisões proferidas a cada ano sobre crianças e adolescentes. Pode-se dizer que é a partir de 1999 que se começou a verificar um aumento no número de decisões, que manteve um patamar entre 200 e 315 decisões proferidas por ano até 2010. A partir de 2011, então, quando foram constata- das 342 decisões colegiadas no STJ, observou-se um novo

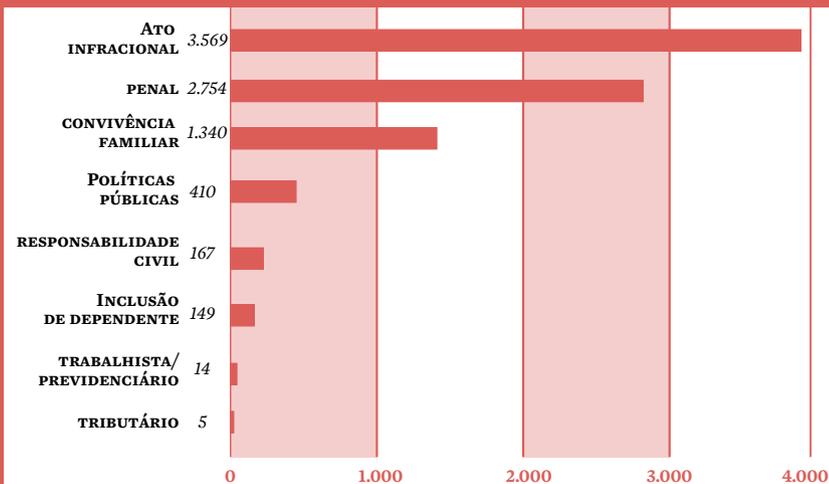


FIGURA 29. Distribuição temática das decisões no STJ

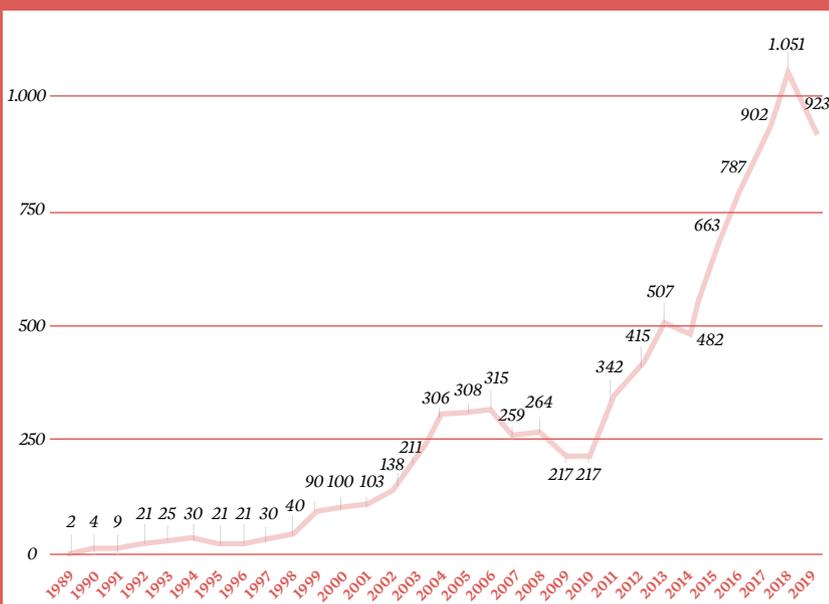


FIGURA 30. Evolução histórica das decisões relacionadas a direito da criança e do adolescente no STJ

crescimento, que atingiu o pico em 2018, com 1.051 decisões proferidas.

É possível visualizar também como se deu a distribuição temática das decisões ao longo do tempo, a partir de quinquênios (**FIGURA 31**).

Considerando-se um período de cinco anos¹⁸⁶, é possível entender como as decisões sobre cada tema variaram. Nos quatro primeiros períodos, destacou-se a prevalência das questões relacionadas a atos infracionais, significando na década de 2000 mais de 50% das decisões. As categorias de convivência familiar, penal e políticas públicas variaram na segunda colocação em número de decisões ao longo dos quinquênios (**FIGURA 32**). Contudo, entre 2015 e 2019 o perfil das decisões se modificou, destacando-se as decisões dentro do tema de penal e a aproximação entre ato infracional e convivência familiar. É de se notar o expressivo aumento das decisões dentro da esfera penal ao longo dos anos, passando de 59 entre 2000 e 2004 para 159 de 2005 a 2009; para 633 de 2010 a 2014; e, por fim, para 1.841 entre 2015 e 2019. O aumento das decisões relacionadas à convivência familiar também foi grande entre os dois últimos quinquênios, passando de 185 entre 2010 e 2014 para 915 entre 2015 e 2019. Sobre esse aumento, a causa é sabida e ficará mais evidente ao longo do relatório, diante da mobilização dos tribunais superiores em relação à prisão domiciliar.

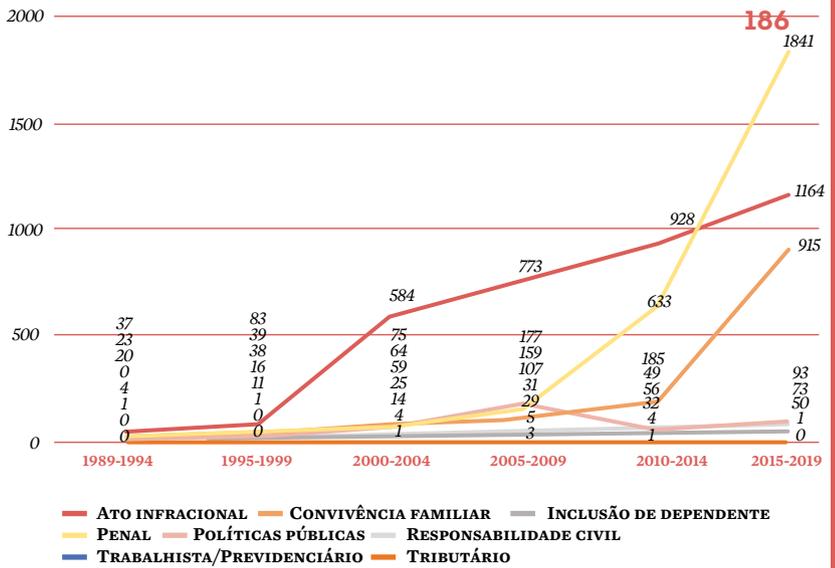


FIGURA 31. Evolução histórica da distribuição temática, por quinquênio, no STJ

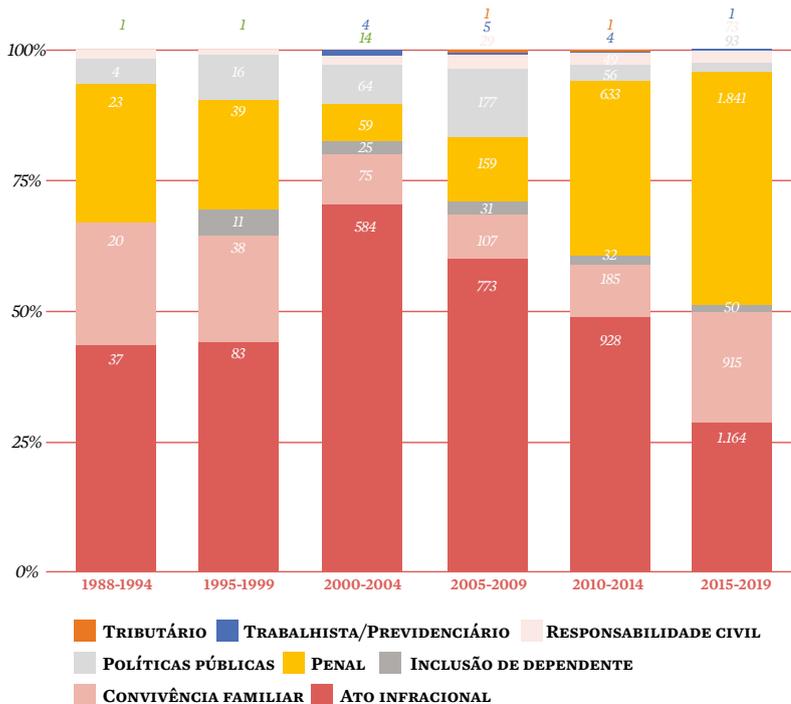


FIGURA 32. Proporção das categorias temáticas, por quinquênio, no STJ. O eixo y mostra esses percentuais no total de decisões em cada intervalo temporal, o eixo x mostra os intervalos de tempo, e os rótulos numéricos mostram o número bruto de decisões em cada tema no intervalo temporal

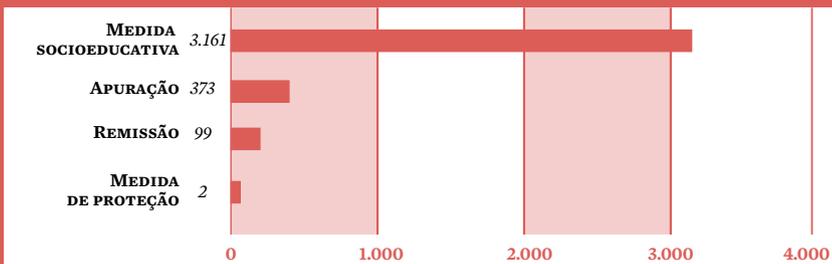


FIGURA 33. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema ato infracional no STJ

A INTERPRETAÇÃO DA PRIORIDADE ABSOLUTA POR TEMÁTICA

Ato infracional (FIGURA 33)

Destacam-se, dentre as decisões levantadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, aquelas que tratam de atos infracionais. São 3.569 decisões¹⁸⁷, quase metade do banco.

Apuração dos atos infracionais¹⁸⁸ e garantias processuais

Um primeiro grupo de discussão dentro do tema de ato infracional diz respeito ao momento de apuração. São 373 decisões em que existe algum debate justamente sobre apuração de ato infracional, sem menção – ou sem ser o foco da decisão – a questões envolvendo expressamente a execução de medidas socioeducativas. É válido destacar que em geral essas decisões trazem tópicos processuais e estão relacionadas ao que preceitua o art. 227, *caput* e § 3º, IV, da CF:

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 à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

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

Entre as questões processuais que aparecem estão: existência de assistente de acusação; competência; prazos da Defensoria Pública e do Ministério Público; respeito ao devido processo e à ampla defesa; competência do Ministério Público; momento de início do cumprimento da medida socioeducativa; impossibilidade de aplicação do art. 595 do CPP¹⁸⁹; intervenção de terceiros; outros prazos; sistema recursal; utilização de algemas. Contudo, algumas discussões destacam-se.

Uma delas é sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Sobre essa questão, o STJ decidiu ser possível sua aplicação a atos infracionais¹⁹⁰ e tende a discutir caso a caso as situações em que pode ser aplicado tal entendimento. Nesse sentido, o que merece especial atenção aqui é a aplicação ou não de jurisprudência consolidada pelo tribunal de que a “presença de circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como o registro de representações em andamento ou reiteração na prática de atos infracionais, não seriam impeditivas [sic] do reconhecimento da atipicidade material da conduta pela incidência do princípio da insignificância” (por exemplo, HC 131.291¹⁹¹, 2011). Esse entendimento tem sido afastado, levando-se em conta, então, “outras variáveis ligadas às circunstâncias fáticas” em relação à conduta. É o caso, por exemplo, de decisão no REsp 1.169.904¹⁹², em 2011, em que se considerou que, “embora as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência e maus antecedentes, não devam impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, no presente caso deve restar ressaltado se tratar o recorrente de usuário de crack que ‘elegu o meio do crime como forma de vida e de sustento do vício’”¹⁹³.

Outra questão de ampla relevância envolve o respeito ao devido processo e à ampla defesa. Um total de 233 decisões questionou situações em que teria havido viola-

ções nesse sentido: defesa deficiente ou falta de assistência, não abertura de prazo para manifestação, irregularidades na oitiva do adolescente, falta de motivação da sentença, inexistência de provas, ausência de representação dos pais ou responsáveis e falta de intimação para comparecimento em audiência.

Nesse conjunto de discussões destaca-se aquela sobre a produção de provas. Sobre isso, a grande questão que vem sendo julgada pelo STJ trata das apurações em que houve desistência de produção de provas, quando existe confissão por parte do adolescente de que teria cometido ato infracional. No RHC 13.985¹⁹⁴, em 2003, essa questão apareceu e o STJ anulou decisão que havia julgado procedente a representação, uma vez que “o direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita a acusação e pretenda cumprir a pena”, tendo sido cerceado o direito de defesa. As decisões que se seguiram foram se dando no mesmo sentido, até que sobreveio, em 2007, a edição da Súmula 342/STJ: “no procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente”. Depois da edição da súmula, contudo, a questão ainda tem sido colocada para julgamento pelo tribunal, que a tem reafirmado. A título de exemplo, destaca-se decisão proferida em 2015, no HC 311.940¹⁹⁵, em que se ressaltou que “eventual primazia pela celeridade processual não pode se sobrepor aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente em face do menor, pessoa em desenvolvimento a quem se garante proteção integral, com absoluta prioridade visando a seu melhor interesse”.

A partir da perspectiva de produção de provas, ainda, uma questão recorrente diz respeito à necessidade de laudo toxicológico para comprovação de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. O enten-

dimento que vem sendo aplicado pelo STJ é o de que é necessário o laudo para que haja representação nesse sentido. É o que foi decidido, por exemplo, no HC 17.839¹⁹⁶, em 2001:

Ora, as medidas socioeducativas impostas ao menor devem ser concebidas em consonância com os objetivos maiores da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e adoção de posturas demonstrativas de realização de justiça. Nessa linha de visão, impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da ampla defesa e, de consequência, é de rigor que se observe o sentido teleológico da medida, qual seja, a ressocialização do menor. Daí porque embora as práticas infracionais imputadas a menor sejam reguladas por lei específica, não se poderia descumprir a exigência imposta pela Lei de Tóxicos, que exige o exame toxicológico definitivo para comprovação da materialidade do delito, ao fundamento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente adota o princípio da celeridade.

Ocorre que também foram tomadas, em escala bem menor, decisões em sentido distinto, entendendo pela possibilidade de caracterização do ato infracional sem a existência de laudo, como no REsp 1.372.100¹⁹⁷, em 2015. A argumentação é a de que a finalidade da medida socioeducativa não é punitiva e, portanto, o laudo não se torna tão essencial para o cumprimento de sua finalidade:

Ainda que se deva tomar o processo penal como subsidiário ou como norte para o processo por ato infracional, assegurando ao jovem infrator o exercício dos mesmos direitos de que goza o imputável perante a justiça criminal, não há de se perder de vista que nessa seara não se exercita uma pretensão punitiva e muito menos

se busca a imposição de uma sanção criminal, mas, sim, a averiguação de um ato desconforme ao direito, do qual, se comprovado, pode resultar ao adolescente a imposição de medida socioeducativa, como meio para sua reinserção social. 5. Daí por que não se conforma a essas peculiaridades inerentes à Justiça Juvenil a anulação de um processo por ato infracional, inviabilizando a intervenção protetiva do Estado, pela ausência de um laudo que, muito embora tenha seu relevo reconhecido, não interferiu na convicção judicial de que o adolescente, pela prática infracional, deveria ser submetido a uma medida socioeducativa capaz de cumprir as finalidades mencionadas na lei.

Além das questões envolvendo as provas, merece referência a discussão sobre o art. 179 do ECA sobre a oitiva feita do adolescente pelo Ministério Público:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar.

Na decisão no REsp 650.564¹⁹⁸, em 2004, concluiu-se que tal artigo “não impôs uma formalidade para a realização da notificação dos responsáveis legais para a oitiva informal, todavia em conformidade com os princípios da

proteção integral e prioridade absoluta o ato deve ser efetuado da forma mais rápida e eficaz possível”. Desse modo, é possível que o MP requeira diligência ao Judiciário, mas deve “demonstrar a incapacidade de notificar ou a necessidade da intervenção do Judiciário, que nem sempre pode ser célere pelo excesso de processos em andamento”.

Entre as decisões relevantes em relação à competência, a primeira delas envolveu a edição da Súmula 108/STJ, em 1994: “a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”, cuja discussão quase não aparece no banco. A segunda envolveu o juízo competente. Nesse sentido, o destaque é para a decisão em 2016 no CC 145.166¹⁹⁹, em que se afirmou a competência da Vara da Infância e da Juventude em detrimento da Justiça Federal em caso envolvendo apuração de ato infracional análogo ao crime de roubo, cometido contra agência dos Correios. Ressaltando que o que dispõe o art. 227, *caput* e, especialmente, o § 3º, IV, da CF e o art. 148, I, do ECA²⁰⁰, é que havendo ato infracional, ainda quando existe situação cuja ofensa se dá aos interesses da União, a competência é da Infância e da Juventude, sendo afastada a aplicação do art. 109, IV, da CF²⁰¹.

Outra questão tratada em 174 decisões – considerando não só o momento de apuração, mas também o cumprimento da medida socioeducativa – está relacionada ao atingimento da maioria pelo socioeducando. O primeiro entendimento assentado foi o de que importa a idade do adolescente no momento de cometimento do ato infracional²⁰²:

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS-CORPUS". DELITO PRATICADO POR MENORES INIMPUTÁVEIS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. LEI 8.069/90 ECA. NATUREZA JURÍDICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INAPLICABILIDADE.

— Na aplicação das medidas socioeducativas previstas

no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), leva-se em consideração a idade do menor ao tempo da prática do fato, sendo irrelevante a circunstância de atingir o agente a maioridade (art. 104, par. único).

— Tratando-se de menores inimputáveis, as medidas socioeducativas previstas no art. 112 do ECA não se revestem da mesma natureza jurídica das penas restritivas de direito, em razão do que não se lhes aplicam às disposições previstas na lei processual penal a prescrição da pretensão punitiva.

— Recurso ordinário desprovido.²⁰³

Segundo entendimento que merece destaque foi firmado no Tema Repetitivo 992 e na Súmula 605/STJ de que “a superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”. Interessante observar que essa questão ficou assim assentada porque até 2002, com a vigência do Código Civil de 1916, configurava a maioridade o atingimento dos 21 anos, mesma idade indicada pelo ECA para liberação compulsória:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

Com a alteração do Código Civil em 2002, a maioridade passou a ser configurada a partir dos 18 anos²⁰⁴. Contudo, entendeu-se que não houve revogação tácita do artigo do ECA e que deveriam continuar aplicando a idade indicada de 21 anos:

HABEAS CORPUS. ECA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. SEMILIBERDADE. MAIORIDADE CIVIL. LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

Não houve qualquer modificação na interpretação do art. 121, § 5º, da Lei nº 8.069/90 frente à nova maioridade civil tratada no artigo 5º da Lei nº 10.406/2002. Assim, deve permanecer a idade de 21 (vinte e um) anos como limite para a concessão da liberdade compulsória àqueles que estejam cumprindo as medidas socioeducativas aplicadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ordem denegada.²⁰⁵

RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOLESCENTE MENOR DE 18 ANOS À ÉPOCA DO FATO. SUPERVENIÊNCIA DA MAIORIDADE CIVIL E PENAL. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Para os efeitos de aplicação da Lei n. 8.069/1990, deve ser considerada a idade do adolescente à data dos fatos. Assim, se o recorrido era menor de 18 anos na data do ato infracional, torna-se irrelevante, para efeito de processamento da representação por ato infracional, ter atingido a maioridade civil ou penal.

2. Recurso especial provido.²⁰⁶

**Concessão de remissão:
competência, momento e procedimento**

A concessão de remissão também esteve presente no tema de ato infracional²⁰⁷. Até 1996, as decisões se davam em torno de assentar que o Ministério Público poderia conceder remissão e requerer aplicação de medida socioeducativa, mas não aplicá-las, o que seria de competência exclusiva do juiz. A partir de então, chamam atenção decisões sobre o momento em que pode ser concedida a remissão. Em sua maioria as decisões afirmaram que, uma vez oferecida a representação, a remissão é possível a qualquer tempo

antes da sentença, depois da audiência de apresentação²⁰⁸ (REsp 122.193²⁰⁹, 1997). É de se notar, contudo, decisões como a do HC 135.935²¹⁰, em 2009, em que se assentou que “a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser aplicada em qualquer fase do procedimento menorista, uma vez que prescinde de comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional, nem implica em reconhecimento de antecedentes infracionais. Não há, portanto, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a proposta oferecida pelo Ministério Público é homologada antes mesmo da oitiva do adolescente”. Ressalta-se que a decisão mencionou “qualquer fase do procedimento”, mas estava voltada à questão da falta de necessidade de oitiva do adolescente, não sendo possível afirmar que houve mudança de entendimento.

O que está relacionado a essas decisões, contudo, é a questão da oitiva do MP e do adolescente. Entendimento que vem sendo aplicado, mas de forma não unânime, pelo STJ, parece ser de que existe nulidade quando não há a oitiva do MP, mas não quando o adolescente não é ouvido. Contudo, decisões mais recentes ressaltam que a falta de defesa técnica do adolescente também seria causa de nulidade:

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente preveja a prévia audiência do Ministério Público para a concessão de remissão (art. 186, § 1º), a omissão dessa providência consubstancia mera irregularidade, sanável quando demonstrada a ausência de prejuízo para o menor e para a sociedade.²¹¹

Não ocorre violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa na hipótese em que, embora ausente a oitiva do menor infrator, é homologada a concessão de remissão, determinando-se a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida.²¹²

A concessão de remissão, possível a qualquer tempo antes da sentença, reclama a manifestação do representante do Parquet, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa.²¹³

A concessão da remissão pela autoridade judicial, uma vez oferecida a representação, deve ser sempre precedida da oitiva do Ministério Público (Precedentes do STJ).²¹⁴

A remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser aplicada em qualquer fase do procedimento menorista, uma vez que prescinde de comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional, nem implica em reconhecimento de antecedentes infracionais. Não há, portanto, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a proposta oferecida pelo Ministério Público é homologada antes mesmo da oitiva do adolescente.²¹⁵

Assim, ainda que a jurisprudência admita a falta de defesa técnica na oitiva com o Ministério Público, a ausência do defensor na apresentação em Juízo e na sentença homologatória evidencia a ilegalidade, sendo violado o princípio da ampla defesa. Precedentes.²¹⁶

Também existe pontuação sobre em que circunstâncias pode ser concedida a remissão. Em 2003, no HC 22.385²¹⁷, decidiu-se que a remissão “deve atender às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e a sua maior ou menor participação no ato infracional, isto é, com o nítido caráter de perdão judicial, atende a situações específicas em que o magistrado verifica não ser necessária a aplicação de medida socioeducativa”. Somadas à discussão exclusiva sobre remissão, existem ainda as decisões que trataram da cumulação de remissão com medida socioeducativa. O entendimento firmado pelo STJ, conforme dispõe o art. 127

do ECA²¹⁸, é o de que é possível a cumulação de remissão, concedida pelo Ministério Público, e de medida socioeducativa, desde que não seja a de semiliberdade ou internação, cuja determinação é de competência do juiz.

Medidas socioeducativas

O principal subtema dentro de ato infracional, reunindo 3.161 decisões, é o da aplicação de medida socioeducativa (contando com os casos de cumulação com remissão). De maneira geral, a questão da medida socioeducativa divide-se em algumas discussões principais: confirmação da medida aplicada, modificação da medida aplicada, hipóteses de substituição por medida mais gravosa ou substituição por medidas de semiliberdade ou de meio aberto e questões processuais que perpassam esses assuntos. Essas questões, por sua vez, estão mais conectadas ao disposto no art. 227, *caput* e § 3º, V, da CF:

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 à 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.

Confirmação ou modificação da medida aplicada

Dentro da grande discussão sobre ato infracional, há um vasto debate sobre a medida socioeducativa de internação, seja na confirmação de sua aplicação, na sua revisão, ou na substituição por ela ou a partir dela. Pode-se considerar, portanto, que o STJ trabalha muito em cima dessa medida específica, em virtude da alta demanda dos casos que lhe são apresentados.

Sobre o assunto, a primeira questão que merece destaque a partir das decisões é, sem dúvidas, o que justifica sua aplicação. Com base no art. 122 do ECA, a medida será aplicada em três circunstâncias: 1) ato cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; 2) reiteração; 3) descumprimento reiterado e injustificável de medida anterior:

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

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

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

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

O entendimento firmado pelo STJ tem sido de que a internação só pode ser aplicada se observados os requisitos

taxativos do art. 122, I, II e III do ECA²¹⁹. Contudo, esse artigo leva a uma série de discussões, a começar pela interpretação de cada um dos seus incisos, especialmente grave ameaça ou violência à pessoa e reiteração.

A circunstância do ato infracional ser ou não cometido com grave ameaça ou violência à pessoa apareceu em 606 decisões, tanto naquelas que confirmaram a medida de internação quanto nas que a modificaram. Conforme ressaltado, sendo o ato praticado com violência ou grave ameaça, estaria justificada a imposição de medida socioeducativa de internação, não sendo configurado constrangimento ilegal. A internação, inclusive, poderia ser determinada por prazo indeterminado, até o máximo legal de três anos (HC 117.421²²⁰, 2008):

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A ROUBO MAJORADO TENTADO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. ATO COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ART. 122, INCISO I, DO ECA.

I - A medida socioeducativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes).

II - Se o ato infracional é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, é de ser aplicada ao menor a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, nos termos do art. 122, inciso I, da Lei nº 8.069/90 (Precedentes).

Ordem denegada.²²¹

Dessa questão, o que se coloca é saber quais narrativas ou quais atos podem ser assim caracterizados. Um argumento para o afastamento da internação foi de “a simples alusão à gravidade do fato praticado”, como no HC 59.465²²², de 2006, ou ainda:

CRIMINAL. HC. ECA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AFRONTA AOS OBJETIVOS DO SISTEMA. CONSTRAIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação do menor é medida de exceção, devendo ser aplicada e mantida somente quando evidenciada sua necessidade, em observância ao espírito do Estatuto, que visa à reintegração do menor à sociedade.

II. A simples alusão à gravidade do fato praticado, bem como ao argumento de que nenhuma outra medida socioeducativa seria capaz de contribuir para a reeducação do adolescente, pois este já se encontra afastado do seio familiar, se dedicando a atividades ilícitas, é motivação genérica que não se presta para fundamentar a medida de internação, até mesmo por sua excepcionalidade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema.

III. Deve ser reformada a decisão monocrática, bem como o acórdão recorrido, tão-somente na parte relativa à medida imposta ao paciente, a fim de que outro *decisum* seja prolatado, afastando-se a aplicação de medida socioeducativa de internação, permitindo-se que o menor aguarde tal desfecho em liberdade assistida.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.²²³

Atos infracionais equiparados ao crime de roubo e homicídio são bastante presentes no banco de decisões. Em relação a eles, entende-se que há grave ameaça ou violência à pessoa, justificando-se a internação²²⁴. A maior polêmica envolvendo a definição de atos praticados com violência ou grave ameaça, contudo, se deu e se dá em relação àqueles análogos ao tráfico de drogas. As decisões desde o início

foram no sentido de afastar que tais atos pudessem levar à internação, porque desprovidos de violência ou grave ameaça, ainda que considerada sua natureza hedionda²²⁵, sua reprovabilidade social²²⁶ ou a quantidade de droga apreendida²²⁷. É possível afirmar, desse modo, que o STJ tem reformado decisões que determinaram a aplicação da internação nesses casos. Porém, notam-se algumas nuances nas decisões que assim assentaram, porque costumam ser acompanhadas de outras considerações sobre o adolescente, especialmente sua reincidência e outras circunstâncias da vida pessoal:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ECA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRIMARIEDADE. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A medida socioeducativa de internação, a teor do art. 122, da Lei 8.069/00 – Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser imposta, tão-somente, nas hipóteses de: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta;

2. Na consolidada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a medida extrema só será autorizada nas hipóteses enumeradas de forma taxativa – *numerus clausus* – no citado artigo 122 do ECA, dentre as quais não se encontra o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes praticado por menor que não ostente antecedentes;

3. A simples alusão à gravidade do fato praticado não é suficiente para motivar a privação total da liberdade, até mesmo pela excepcionalidade da medida extrema;

4. Ordem concedida para anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente aguardar a nova decisão em liberdade assistida.²²⁸

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. CORRESPONDÊNCIA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTE. VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. INEXISTÊNCIA. ADOLESCENTE PRIMÁRIO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. MOTIVO INSUFICIENTE. INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SEMILIBERDADE. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

— O ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76, não autoriza a aplicação da medida socioeducativa de internação, por não conter os elementos da violência ou da grave ameaça à pessoa, conforme o disposto no inciso I, artigo 122, da Lei 8069/90.

— O princípio da excepcionalidade, previsto na medida socioeducativa de internação, acentua a necessidade de aplicação de outras medidas mais brandas antes de serem aplicadas as mais gravosas, mais ainda em se tratando de adolescente primário.

— A má conduta social e a quantidade de droga apreendida, por si sós, não autorizam a aplicação da medida extrema de internação.

— ORDEM CONCEDIDA para anular a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, e, determinar a colocação do Paciente em SEMILIBERDADE.²²⁹

Nesse sentido de ponderações em torno das circunstâncias, mas de forma minoritária dentro do conjunto analisado, em decisão em 2010, no HC 173.636²³⁰, entendeu-se que poderia ser determinada a internação pelo ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, ainda que não cometido com violência ou grave ameaça, a partir de decisão devidamente fundamentada. Abriu-se margem, então,

para que esse ato seja considerado passível de medida de internação, porém ainda descartando-se argumentação que se valha de gravidade abstrata da ação.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. MENOR "OLHEIRO" DE BOCA-DE-FUMO. HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART. 122 DO ECA. MITIGAÇÃO.

1. Em razão do princípio da excepcionalidade, a medida de internação somente é possível nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 da Lei nº 8.069/90.

2. A medida socioeducativa de internação será determinada ao adolescente apenas quando não houver outra mais adequada ou na hipótese de incidência do rol elencado pelo art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao caso.

3. Muito embora a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes não conduza, necessariamente, à aplicação da medida mais gravosa, tendo em vista que tal conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa, o adolescente trabalhava como "olheiro" de boca-de-fumo e segurança, e foi apreendido na posse de arma de fogo.

4. Ordem denegada.

É de se notar, também, que em algumas decisões entende-se pela não aplicação da medida de internação em caso de ato equiparado ao tráfico de drogas, mas diante do cenário que envolve essa prática – como o montante apreendido e o contexto de vulnerabilidade, por exemplo – acaba-se por modificar a medida para a de semiliberdade, não outra medida mais branda, como liberdade assistida²³¹:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.

APLICAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE CRACK. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 122 DO ALUDIDO ESTATUTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO.

- 1.** A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos gravosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
- 2.** O ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, a despeito da sua natureza hedionda, não dá ensejo à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa.
- 3.** Na espécie, em que pese a apreensão de significativa quantidade de drogas (3.300 pedras de crack) e, ainda, a situação de risco social em que a adolescente está inserida (estava envolvida com traficante...a mãe não tinha controle...foi apreendida com drogas e armas, o que demonstra seu envolvimento íntimo com o crime). Observa-se que tais fatos, por si sós, não autorizam a aplicação da medida mais severa, uma vez que o rol previsto no artigo 122 do aludido Estatuto é exaustivo. Contudo, a referida quantidade/natureza da droga, bem como a situação pessoal da paciente respaldam a aplicação da medida de semiliberdade.
- 4.** Ordem concedida, em menor extensão, para que seja aplicada a medida socioeducativa de semiliberdade à paciente.²³²

Diante da recorrência dos atos infracionais análogos ao tráfico de drogas e da aplicação pelas instâncias inferiores de medida de internação nesses casos, em 08/08/2012 foi editada a Súmula 492/STJ: “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do ado-

lescente”. Como já vinha se entendendo antes de sua elaboração, continuou a ser aplicada a compreensão de que o envolvimento no tráfico de drogas não é causa de internação. Contudo, finalizando esse debate, destaca-se decisão de 2016 no HC 347.434²³³: “o verbete sumular n. 492/STJ não veda a aplicação da medida de internação, ao contrário, extrai-se de sua exegese a possibilidade de imposição da medida mais gravosa ao ato infracional análogo ao crime de tráfico, impossibilitando tão-somente sua obrigatoriedade”.

O fato de haver reiteração no cometimento de ato infracional apareceu 746 vezes, tanto nas decisões que confirmaram a medida quanto naquelas que a modificaram. Em relação a esse assunto, a maior divergência está em saber o que caracteriza a reiteração, mais especificamente, se existe um número mínimo de atos praticados para tanto.

Com relação a esse tópico, é possível visualizar mais claramente a diferença de interpretação das turmas do STJ. A Quinta Turma adotava posicionamento mais amplo do que significaria reiteração. Em 2001, no HC 15.082²³⁴, entendeu que “a expressão ‘reiteração no cometimento de outras infrações graves’ (art. 122, II, ECA) não se confunde com a reincidência. Esta, para a sua conformação, demanda a prática de dois atos infracionais. Aquela, para legitimar a internação, reclama a conjugação de três ou mais condutas antissociais, assinaladas por uma especial gravidade”. De maneira distinta tem se posicionado especialmente a Sexta Turma. Analisando a progressão no tempo, comparativamente, em decisão em 2002, no HC 22.649²³⁵, entendeu que “em vista do que dispõe o artigo 122, inciso II, da Lei nº 8.069/90, não existe óbice na aplicação de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado a menor que pratica uma segunda vez o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes”. O entendimento foi uniformizado e passou a ser aplicado pelas turmas no sentido se de exigir a prática de pelo menos

três atos infracionais graves anteriores, transitados em julgado, para que ficasse caracterizada a reiteração, sem que pudessem ser computadas para tanto as remissões. Contudo, no julgamento do HC 177.317²³⁶, em 2012, a Sexta Turma voltou a adotar um posicionamento mais restrito, assentando que a reiteração ficaria configurada com o cometimento de dois atos infracionais anteriores, não mais três, como vinha sendo aplicado.

Mudança mais radical nesse entendimento passou a ocorrer depois do julgamento do HC 94.447²³⁷ no STF²³⁸. A questão foi trazida pelo STJ de maneira mais explícita no julgamento do HC 280.478²³⁹, em 2014, na Quinta Turma, que ressaltou o entendimento firmado pela Suprema Corte de que a delimitação do número de atos cometidos não tem fundamento legal:

Para a Corte Suprema o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação do direito. Pondera que o magistrado deve apreciar as condições específicas do adolescente – meio social onde vive, grau de escolaridade, família – dentre outros elementos que permitam uma maior análise subjetiva do menor.

Sustentou-se, a partir da menção ao Informativo 351/STF, que esse seria um entendimento tomado pelo STF no sentido de “restringir a aplicação de internação”. Diante do novo entendimento, portanto, passou a se alinhar à nova jurisprudência do STF, de que não existe um número mínimo de atos que devam ser praticados, devendo ser analisado caso a caso pelo juiz²⁴⁰. A Sexta Turma também passou a aplicar esse entendimento de que o que define se a reiteração leva à internação são “as peculiaridades e as circunstâncias do caso concreto”. Conforme ressaltado no HC 398.804²⁴¹, em 2017:

O argumento relacionado ao número mínimo de atos infracionais graves para a incidência do art. 122, II, do ECA tratava de construção jurisprudencial utilizada em confronto com o interesse de ressocialização do próprio adolescente. O julgador, para cumprir o objetivo da lei protetiva, deve analisar as peculiaridades de cada caso concreto e as condições específicas do adolescente para melhor fixação da medida socioeducativa, suficiente para sua recuperação.

Apesar do entendimento firmado no STF e sua incorporação à jurisprudência do STJ, nem todas as decisões que se seguiram o aplicaram, tendo algumas delas retomado o número mínimo de atos anteriores para configuração da reiteração (HC 355.074²⁴², 2016)²⁴³. Por fim, destaca-se a consideração feita em muitas decisões sobre a concessão de remissão anterior não poder ser considerada para fins de reiteração, por não haver necessariamente comprovação da responsabilidade²⁴⁴.

Para além da interpretação sobre grave ameaça ou violência à pessoa e reiteração, é interessante notar que em um número razoável de casos o fundamento da decisão que determina a internação não se valeu, ou não se valeu apenas, do art. 122 do ECA, como já ressaltado brevemente. Essas outras questões, destacadas no banco como “circunstâncias pessoais e/ou gravidade do ato infracional”, são ora afastadas pelos ministros do STJ quando aplicadas pelos magistrados de instâncias inferiores de modo a indicar medida mais gravosa, ora incorporadas às decisões do tribunal para embasar a medida aplicada, às vezes também mais gravosa. Não é possível afirmar se ou em quais casos os ministros valem-se unicamente de argumentos fora do art. 122 do ECA para justificar a internação, mas é possível indicar que essas outras circunstâncias da vida do adolescente compõem o quadro fato que embasa a decisão:

I. O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a aplicação da medida socioeducativa da internação por prazo indeterminado quando se tratar de ato infracional praticado com grave ameaça ou violência contra pessoa, contudo, também ressalva que em nenhuma hipótese será ela aplicada se houver outra medida adequada.

II. Esta Corte tem entendido que a medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, eis que a segregação do menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa à reintegração do menor à sociedade.

[...]

IV. As medidas socioeducativas de semiliberdade e internação anteriormente impostas não foram suficientes para a reintegração do menor à sociedade, tendo voltado a praticar atos infracionais mediante o emprego de violência à pessoa.

V. Parecer da equipe técnica que atesta que o adolescente não conta com respaldo familiar e que ostenta traços suicidas e grande dificuldade em perceber as consequências de seus próprios atos, bem como em absorver valores éticos e morais.

VI. Adolescente em situação de risco, que cometeu novo ato infracional com violência à pessoa, sendo a ele atribuída, ainda, a prática de outras infrações graves, restando devidamente justificada a imposição da medida de internação, nos moldes do art. 122, incisos I e II, do ECA.

VII. Ordem denegada.²⁴⁵

Incensurável, sob tal perspectiva, a manutenção do menor em medida mais gravosa, haja vista que a conclusão extraída da avaliação psicológica não se mostra incoe-

rente ou ilógica; ao contrário, além de estar atrelada aos demais elementos dos autos, apresenta-se em consonância com a diretriz prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para menores afetos ao crime, que demonstram dificuldade em assimilar as normas sociais essenciais ao convívio em comunidade.²⁴⁶

Para a aferição da medida socioeducativa mais adequada às finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser consideradas as condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto, não sendo automática a aplicação da internação a adolescente representado pela prática de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida mais severa (art. 122, § 2º, do ECA).²⁴⁷

Reunindo este destaque para a consideração de outras circunstâncias da vida do adolescente com atos análogos ao crime de tráfico de drogas, como pontuado anteriormente, essa intersecção acaba por ser responsável por casos de internação:

A medida socioeducativa de internação foi aplicada em razão das peculiaridades do caso concreto, tendo sido destacada a razoável quantidade de droga apreendida com o adolescente – 317 porções de maconha –, que denota maior envolvimento no meio criminoso, destacando, ainda, que ele não vinha frequentando a escola e que era viciado em maconha há mais de 1 ano, circunstâncias que evidenciam a exposição do menor a grave situação de risco. Em que pese ser a primeira passagem do menor perante a Vara da Infância, justifica-se a imposição da medida excepcional, uma vez que ficou demonstrada a gravidade concreta do delito praticado e o

risco a que o adolescente está submetido. Nesse contexto, tem-se que nenhuma outra medida socioeducativa mostra-se suficiente para recuperar o menor e afastá-lo do envolvimento com o meio.²⁴⁸

Uma questão específica diz respeito à internação provisória, cujos questionamentos se dão especialmente sobre motivação, prazo e local de cumprimento. Foram registradas no banco 118 decisões sobre o assunto, sendo que em 21 houve perda de objeto, porque a representação foi julgada antes do recurso. Do total restante, destaca-se que 44 tratam do prazo de internação. Especificamente, assentaram e aplicaram entendimento de que o prazo de internação provisória não pode ultrapassar os 45 dias previstos no art. 108 do ECA²⁴⁹, o que afrontaria as expectativas de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento com que deve ser tratado o assunto. Além disso, decidiu-se que, pelos mesmos fundamentos, não se aplica ao ECA a Súmula 52/STJ – “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo” (RHC 12.010²⁵⁰, 2002). Esse também foi o entendimento do STF, citado, por exemplo, no RHC 27.268²⁵¹, em 2010:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO MENOR. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Consoante o disposto no art. 108, parágrafo único, da Lei n.º 8.069/90, a internação preventiva somente pode perdurar pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sendo que o seu elastério constitui, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, constrangimento ilegal, pois “em jogo a liberdade de locomoção daqueles a

quem a Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-tutelar (artigos 227 e 228 da Constituição Federal)” (STF – HC 93.784/PI, 1.^a Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 23/10/2009).

2. Evidenciada a impossibilidade da permanência da internação preventiva no caso, em que o adolescente encontra-se provisoriamente internado por lapso temporal superior ao legalmente permitido, sem que *[sic]* ter sido julgado.

3. “O excesso verificado, porque irrazoável, revela-se inaceitável (RTJ 187/933-934), ainda mais porque essa situação anômala não foi provocada pelo ora paciente, mas, isso sim, pelo aparelho de Estado” (STF – HC 96.629/PI – reconsideração, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02/12/2008).

4. Recurso provido, para que seja assegurado ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até a eventual prolação de sentença que determine a aplicação de medida socioeducativa.

Também foram proferidas decisões relacionadas ao motivo pelo qual se decreta a internação provisória. São 62 decisões que fazem alguma consideração sobre o assunto e que estão diretamente ligadas às discussões já apresentadas em relação à internação na prática de atos infracionais cometidos com violência ou ameaça à pessoa ou sua reiteração – considerando, na maioria das vezes, que muitos atos, embora sejam reprováveis, por não terem sido cometidos com violência, não podem justificar a internação provisória. A questão sobre o local de cumprimento será tratada de maneira específica mais adiante.

Considerando ainda esse grupo de decisões que envolvem confirmação ou modificação de medidas socioe-

educativas, o que se destaca em relação à medida de semiliberdade é que há uma discussão sobre a necessidade de autorização do juiz para realização de atividades externas pelo adolescente.

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

Embora o art. 120 do ECA tenha tal redação, o entendimento do STJ foi se consolidando em sentido distinto. As primeiras decisões que aparecem sobre o assunto indicavam um entendimento distinto entre a Quinta e a Sexta Turma do STJ. A Sexta Turma, em decisão em 2000, no RHC 9.337²⁵², tinha afirmado que “a semiliberdade é caracterizada pela possibilidade da realização de atividades externas independentemente de autorização judicial, importando em constrangimento ilegal condicionar seu exercício à prévia autorização do juiz, cabível, tão-somente, quando se cuida de medida de internação”, decisão que foi aplicada algumas vezes. Contudo, na linha do que já vinha sendo aplicado pela Quinta Turma, foi se firmando entendimento no sentido de permitir a ingerência do magistrado, como no RHC 9.336²⁵³, em 1999: “art. 120 não retira do Juiz o poder de controlar a realização, pelo adolescente, de atividades externas. Cabe ao julgador fiscalizar a transição ao regime mais benéfico, de forma a garantir a efetiva ressocialização do menor infrator”. Em outra decisão, por exemplo, tratando especificamente de visita a familiares, o tribunal entendeu que “inexiste violação ao direito do paciente de visitar os seus familiares, ainda que tal benefício esteja limitado à forma progressiva e condicionado ao comportamento apresentado pelo menor infrator” (HC 29.935²⁵⁴, 2003) ou ainda que “cabe ao Magistrado,

atendendo à finalidade da medida socioeducativa (ressocialização, profissionalização e escolarização), controlar e fiscalizar essa reinserção, incluindo a proibição de visitas, quando necessária ao bom andamento da reeducação” (HC 32.168²⁵⁵, 2004).

Portanto, o entendimento que vem sendo aplicado em ambas as turmas é o de que é possível que o juiz exerça controle das atividades externas exercidas pelo adolescente que cumpre medida socioeducativa de semiliberdade. É possível dizer que no HC 42.969²⁵⁶, de 2006, sintetiza-se esse entendimento:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRAACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEMILIBERDADE. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE VISITA À FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. O regime de semiliberdade implica, necessariamente, a possibilidade de realização de atividades externas relativas à escolarização e à profissionalização, sendo dispensável a autorização judicial apenas para a frequência à escola e, se for o caso, ao local de trabalho, sem significar que o adolescente inserido nessa medida socioeducativa possa deixar de recolher-se à respectiva unidade de atendimento no período noturno ou durante os finais de semana, uma vez que é a autoridade judicial a responsável pela fixação das regras para o seu cumprimento, com observância, é claro, dos mesmos direitos do adolescente privado de sua liberdade (Lei nº 8.069/90, art. 120, § 2º).

2. Portanto, o disposto no art. 120 da Lei nº 8.069/90 não proíbe a autoridade judicial de impor restrição ao direito do adolescente às saídas nos finais de semana para visita à família (Lei nº 8.069/90, art. 120, § 2º, e 124,

§ 2º), benefício que depende de fatores ligados ao caso concreto.

3. Na hipótese, o infrator encontra-se evadido da unidade em que cumpria a medida de semiliberdade, além de possuir outras passagens pelo Juizado da Infância e da Juventude pela prática de atos infracionais análogos aos descritos nos arts. 12 da Lei 6.368/76; 180, *caput*, do Código Penal; e 157, *caput*, do mesmo diploma legal, demonstrando a existência de motivos que justificam a imposição da restrição.

4. Constrangimento ilegal inexistente.

5. Ordem denegada.

Substituição por medida socioeducativa mais gravosa

Um total de 318 decisões discutem casos de substituição por medida socioeducativa mais gravosa, diante de situações posteriores ao processo de apuração.

Art. 99. As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.

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.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Um dos pontos mais relevantes envolvendo a questão trata da necessidade de oitiva do adolescente em caso de substituição por medida mais gravosa, privilegiando-se o devido processo e a ampla defesa. A primeira decisão em que isso apareceu foi em 1999, no RHC 8.612²⁵⁷, em que ficou decidido que “a determinação de regressão de medidas

reclama a oitiva do menor-infrator, para que se manifeste a respeito do descumprimento da medida de liberdade assistida, originariamente determinada, e que deu causa a regressão à medida de internação mais rigorosa, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e em observância ao princípio constitucional da ampla defesa”. As decisões que se seguiram em geral se deram no mesmo sentido, ressaltando a incidência do art. 5º, LIV e LV, da CF²⁵⁸ e dos arts. 110 e 111²⁵⁹ do ECA.

Apesar de a maior parte das decisões seguir esse entendimento, algumas acabavam se dando de maneira um pouco distinta, como a proferida no HC 10.972²⁶⁰, ainda em 1999, cujo caso envolvia adolescente para o qual foi determinado cumprimento de medida de liberdade assistida, mas que foi substituída por medida de internação pelo prazo de 90 dias por ter deixado de comparecer ao posto da Febem e não ter sido encontrado nos endereços disponíveis. Diante do questionamento feito no HC, decidiu o STJ na ocasião que “ao ser encontrado o adolescente, terá direito de externar os motivos de seu sumiço, pelo que resguardado está o devido processo legal”. Outra decisão foi dada no HC 14.512²⁶¹, em 2000, em que a necessidade de oitiva da adolescente, cuja medida seria substituída por outra mais gravosa, também de liberdade assistida por internação, foi afastada pelo depoimento de sua genitora, que afirmou que sua filha estaria vivendo em situação precária (uso de crack e moradia em terreno baldio). Afirmou o STJ então que, de fato, não haveria violação à ampla defesa, “porquanto a vida que tem levado, onde o mundo real passa a se constituir de delírios e fantasias, impede possa ela, conscientemente, externar qualquer tipo de justificativa apta a obstaculizar o seu encarceramento”. No RHC 9.215²⁶², em 2000, também foi afastada a necessidade de oitiva, porque a decisão estaria “estribada em elementos bastantes de convicção, que permitem o exame de sua le-

galidade”. Em sentido semelhante, no HC 14.663²⁶³, em 2001, o entendimento se deu que, além das avaliações técnicas que justificariam a substituição por medida mais gravosa, a defesa não requereu a audiência para oitiva.

Contudo, em 22 de maio de 2002, a Terceira Seção do STJ editou a Súmula 265, com o seguinte teor: “é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa”. É de se observar que depois de sua edição, uniformizando esse entendimento, o tribunal ainda teve que se debruçar sobre a questão, o que sugere que continuou a haver divergência nos processos posteriores. Nesse sentido, pode-se dizer que esse entendimento sumulado foi majoritariamente cumprido, mas destacam-se algumas nuances que envolvem essa questão.

Se a audiência para a oitiva do adolescente foi designada, mas ele não compareceu, o tribunal tem entendido que tal situação não afronta o devido processo e a ampla defesa. Em decisão no HC 168.885²⁶⁴, em 2010, entendeu-se que “o adolescente, devidamente intimado da audiência que o ouviria acerca dos motivos de suas reiteradas evasões, não compareceu para defender-se, incorrendo afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório”²⁶⁵.

Outra questão abordada no sentido de afirmar que “oitiva do adolescente recapturado, para adverti-lo que novo descumprimento implicará em regressão para internação por prazo indeterminado, não supre a necessidade de sua oitiva, quando novamente descumpre a medida”, deu-se no RHC 17.229²⁶⁶, em 2005. O entendimento foi o de que o momento da oitiva antes da substituição por medida mais gravosa é necessário para que o adolescente possa “expor os fatos que o levaram a descumprir a medida, já que podem ocorrer escusas que o isentam da internação-sanção”, não sendo essa função suprida pela advertência prévia à situação²⁶⁷. Além disso, em 2004, no HC 36.290²⁶⁸, ficou decidido que “o comparecimento do adolescente ao gabi-

nete do representante do Parquet não dispensa sua oitiva pela autoridade sentenciante”.

Sobre a possibilidade de realização da oitiva do adolescente depois de internado, em decisão no HC 24.146²⁶⁹, em 2003, entendeu-se que havendo a oitiva após a apreensão, ou seja, oitiva posterior e não prévia, não haveria irregularidade²⁷⁰. Por fim, discussão mais recente sobre a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão mesmo sem oitiva do adolescente: no HC 236.650²⁷¹, em 2012, ficou assentado que é possível expedição de mandado de busca e apreensão para localizar adolescente que não se apresenta espontaneamente, sendo que tal situação não violaria a Súmula 265/STJ, porque após sua apreensão será designada a audiência para oitiva, o que também não obsta a substituição por medida mais gravosa em caso de ausência na audiência marcada “por motivos a ele atribuíveis”²⁷².

Outro aspecto que merece atenção diz respeito ao motivo que pode ou não levar à substituição por medida mais gravosa. Esse tópico acaba por se confundir, de certa maneira, com os requisitos para aplicação de medida de internação, mais especificamente, o cumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 122 do ECA, trabalhados anteriormente, de reiteração no cometimento de ato infracional e descumprimento de medida, além de considerações sobre a insuficiência da medida primeiramente imposta. Também se coloca em questão o prazo de internação, tendo em vista o disposto no art. 122, III, § 1º, do ECA²⁷³.

Substituição por medida socioeducativa mais branda

Outras 135 decisões dentro do tema de ato infracional dizem respeito à possibilidade de substituição de medida aplicada por outra mais branda diante de situações posteriores ao processo (em sede de execução). De maneira geral,

essas decisões carregam dois aspectos centrais de discussão: um de cunho mais processual, que envolve a existência e consistência de laudos que indiquem a substituição e o grau de vinculação do magistrado a ele, e outro de cunho material, relacionado à justificativa para a substituição.

Em relação à questão processual, o entendimento consolidado no STJ é o de que o juiz não está vinculado ao parecer/laudo técnico que indica a substituição por medida mais branda, podendo decidir contrariamente a ele, a partir do seu livre convencimento motivado: “a existência de relatório recomendando a substituição da medida socioeducativa não vincula o magistrado, que pode, em face do princípio do livre convencimento fundamentado, justificar a manutenção da internação do menor com base em outras provas” (HC 45.877²⁷⁴). Pode-se dizer que esse é o entendimento que prevalece entre as decisões sobre o assunto.

Contudo, a decisão que afasta entendimento do laudo deve ser devidamente justificada. Em alguns casos foi considerada a fragilidade da fundamentação, de modo a reverter a decisão que mantivera a medida mais gravosa, vide decisão no HC 129.596²⁷⁵, de 2010:

1. Os laudos elaborados pela equipe de avaliadores são indispensáveis para aferir a conveniência e a oportunidade de se conceder ao adolescente retornar, de maneira segura, ao convívio social (art. 19, § 1º, da Lei nº 8.069/90).
2. Mesmo à luz do livre convencimento motivado, o indeferimento de pedido de progressão para medida socioeducativa mais branda, contrariando recomendação técnica, demanda fundamentação concreta, objetiva e atual.

No mesmo sentido, decisão no HC 105.119²⁷⁶, de 2008:

3. É certo que o magistrado, no momento da reavaliação da medida socioeducativa imposta, não está vinculado a pareceres e relatórios técnicos, podendo, com base

na livre apreciação de outros elementos de convicção e motivadamente, dirimir a controvérsia.

4. Entretanto, tem-se como fundamento insuficiente para desconsiderar o laudo técnico favorável à progressão do menor para a medida de semiliberdade a gravidade genérica da conduta, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida de internação, admitida, somente, nas hipóteses legalmente previstas.

Além disso, nas decisões em que houve a impugnação da manutenção da medida mais gravosa, constatou-se que a internação deve ser regida pela brevidade, pela excepcionalidade e pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que, ressalta-se, são condições previstas de maneira explícita no art. 227 da CF:

2. *In casu*, infere-se que o Juízo das Execuções, ao manter a medida socioeducativa consistente em internação, decidiu dentro do livre convencimento que deve exercitar, porém não respeitou os princípios que regem a execução de medidas, nem os demais regramentos da Lei do SINASE em conjunto com a Constituição da República, que vinculam a medida socioeducativa consistente em internação aos Princípios da Brevidade e da Excepcionalidade. Também não se verifica fundamentação idônea para manutenção da medida extrema, nem adequada prognose em consonância com o objetivo de reeducar e reabilitar o adolescente em conflito com a lei.

[...]

3. Dos termos das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, vê-se que foram levados em consideração a gravidade em abstrato do ato infracional cometido e o tempo de cumprimento da medida, em violação ao disposto no art. 42, § 2º do ECA. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, “a gravidade do ato infracional cometido não é suficiente para, de per si, justificar a

manutenção do adolescente em medida socioeducativa de internação pelo prazo máximo permitido na Lei n. 8.069/90, porque a finalidade principal do Estatuto da Criança e do Adolescente não é retributiva, mas reeducar e conferir proteção integral ao menor infrator”.²⁷⁷

Apesar de as decisões que revertem o indeferimento da substituição por medida mais branda serem menores do que aquelas que assentam a possibilidade de o juiz contrariar o laudo que indicava tal alteração, esse aspecto leva ao segundo tópico de discussão, que se refere aos motivos que justificam ou não a substituição. Muitos são aceitos para a manutenção da medida mais gravosa, baseados em concepções bastante subjetivas por parte do magistrado: “insuficiência de assimilação do caráter pedagógico pelo adolescente”, envolvimento com álcool e drogas, falta de estrutura social e familiar, reiteração no cometimento de atos infracionais, resistência ao cumprimento de regras. Alguns, entretanto, geram divergência, como o tempo de internação e a gravidade do ato, sendo ora motivo de manutenção da internação, ora motivo que não justifica a manutenção da internação:

1. A gravidade do ato infracional cometido não é suficiente para, de per si, justificar a manutenção do adolescente em medida socioeducativa de internação pelo prazo máximo permitido na Lei n.º 8.069/90, porque a finalidade principal do Estatuto da Criança e do Adolescente não é retributiva, mas reeducar e conferir proteção integral ao menor infrator.²⁷⁸

2. No caso em análise, não obstante a equipe técnica multifuncional tenha sugerido a extinção da medida socioeducativa de internação imposta ao paciente – deferida pelo juízo singular –, por concluir pela evolução do reeducando que atingiu as metas propostas no PIA (Plano Individual de Atendimento) estabelecidas pela unidade de internação, o Tribunal de origem, ao prover

o recurso ministerial, limitou-se a consignar a exiguidade do período em que o adolescente permaneceu internado, tecendo considerações abstratas acerca do ato infracional praticado, fundamentação que não se revela idônea a refutar as conclusões técnicas. 3. A medida socioeducativa de internação não é pena, é, antes de tudo, medida pedagógica. Possui data de início, mas não tem tempo certo para terminar e, em geral, finda conforme alcançados os objetivos propostos pela unidade educacional no Plano Individual de Atendimento (PIA) estabelecidos para os reeducandos, verificados nas sucessivas avaliações a que são submetidos, conforme dispõe o art. 121, do ECA.²⁷⁹

Nesse sentido, o que se depreende das decisões relacionadas à substituição por medida socioeducativa mais branda é que elas tendem a ser sempre mais restritivas a essa possibilidade, havendo endosso ao livre convencimento do magistrado a despeito dos relatórios técnicos que consideram as particularidades e o comportamento do adolescente.

Existem ainda discussões, igualmente relevantes, que perpassam essas questões centrais que envolvem ato infracional: local de cumprimento da medida socioeducativa, visita de familiares e momento de início do cumprimento da medida.

Local de cumprimento da medida socioeducativa

Um tópico interessante que merece atenção dentro da discussão sobre ato infracional presente no STJ se dá em termos do local de cumprimento da medida socioeducativa. Precisamente 167 decisões, de 1989²⁸⁰ até 2019, tratam especificamente e de modo relevante desse assunto. As questões gerais trazidas referem-se à distância do local dos familiares do adolescente, qualidade do local em

termos de higiene e capacidade e não diferenciação desse local daquele onde adultos cumprem suas penas privativas de liberdade.

O tópico mais recorrente sobre o local de cumprimento é a distância em relação à moradia dos familiares do adolescente. Tal entendimento parte da interpretação do art. 124, VI, do ECA e do art. 49, II, da Sinase (Lei nº 12.594/2012):

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;

Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência.

As interpretações em relação à possibilidade de adolescentes serem internados em localidade diversa da do domicílio de suas famílias são diversas e inconstantes ao longo dos últimos 30 anos. A vertente mais presente no tribunal entende, de maneira geral, que esse direito não é absoluto, podendo ser afastado por alguns motivos. Um deles seria o comportamento do adolescente na unidade em que cumpre a medida. No HC 19.642²⁸¹, em 2002, o afastamento para localidade distante se deu porque o adolescente “dominaria” o estabelecimento “exercendo comando e in-

fluência decisiva sobre os outros internos”, “prejudicando a sua e a ressocialização dos outros”. No mesmo sentido, em decisão no HC 306.034²⁸², em 2015, assentou-se que é possível afastar a disposição “quando direitos fundamentais e indisponíveis do reeducando e dos demais internos estiverem ameaçados”, que no caso se daria por um comportamento marcado por “rebeliões e indisciplina”.

No HC 317.549, em 2015, bastante citado, o entendimento foi de afirmar que “é relativo o direito do adolescente de ser internado em instituição situada na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável, eis que o teor do inciso VI do artigo 124 do aludido Estatuto [ECA] dispõe sobre a possibilidade da internação ocorrer em local próximo ao referido domicílio” e, dessa maneira, podendo haver cumprimento da medida em localidade próxima. No mesmo sentido, e igualmente precedente mencionado por outras decisões, no HC 337.830²⁸³, em 2015, o tribunal entendeu que, por não haver unidade na localidade de domicílio dos pais da paciente, o adolescente poderia cumprir em localidade mais próxima. Também no HC 339.631²⁸⁴, em 2016, a consideração foi a de que a medida havia atendido “todos os requisitos legais”, ainda que o adolescente não tivesse praticado o ato com violência ou grave ameaça, por isso a localidade de cumprimento da medida não poderia significar “o abrandamento da medida imposta”.

Essa última questão é também central para entendimento das decisões que englobam o local de cumprimento da medida. Conforme o art. 49, II, do Sinase, inexistindo vaga o adolescente deve ser colocado em meio aberto, a não ser que o ato tenha sido praticado com grave ameaça ou violência à pessoa, devendo ser, nesses casos, internado em unidade “mais próxima de seu local de residência”. Contudo, uma parte das decisões não se limitou a analisar a ameaça ou violência do ato, mas também considerou outros fatores, como reiteração, descumprimento de outras

medidas socioeducativas, contexto pessoal (uso de drogas, ausência de estudo), disposições no relatório técnico e no plano individual de atendimento, ou seja, analisou cada caso a partir das suas peculiaridades (HC 338.517²⁸⁵, 2015). Esse é o caso da decisão dada no HC 338.903²⁸⁶, em 2016:

Apesar do ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas prescindir de violência ou grave ameaça, o adolescente já cometeu outros atos infracionais (furto e dano), sendo que já foi submetido à medida socioeducativa em meio aberto e a descumpriu, não sendo possível que seja colocado em liberdade por ausência de vagas em estabelecimento próximo à sua residência. Ressalta-se, ainda, que o adolescente é usuário de drogas, não estuda e seu irmão também se encontra internado pela prática do mesmo ato infracional, o que demonstra que a medida imposta pelo Tribunal de origem é necessária para a ressocialização do paciente.

Complementando esse raciocínio, outra decisão bastante citada foi a do HC 343.717²⁸⁷, em 2016, que se valeu do entendimento de proteção integral do adolescente para sua manutenção em localidade diversa, uma vez que a liberação significaria que ele voltaria “à situação de risco social em que se encontrava”. Tal “situação de risco social” seria caracterizada pela falta de respaldo familiar, evidenciado pelo abandono dos estudos, consumo de drogas e pelo fato de que o adolescente estaria vivendo em uma cidade mil quilômetros distante de sua cidade natal, sem a presença de qualquer representante legal:

Não há falar em liberação do paciente apenas porque está internado na comarca onde vivia e praticou os atos infracionais, diferente daquela do domicílio de seus pais, pois sua restituição à situação de risco social em

que se encontrava, sem indicativos de que estará livre dos fatores que o levaram à prática de infrações como meio de sobrevivência, não é compatível com a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e com a finalidade pedagógica das medidas socioeducativas. Ademais, o art. 124 do ECA não estabelece, em caráter absoluto, a obrigatoriedade da execução da medida no domicílio do responsável legal.

Observa-se que, mesmo quando existe a aplicação do disposto no art. 49, II, do Sinase, existe também a ponderação sobre as circunstâncias do crime e o histórico do adolescente, como no HC 372.467²⁸⁸, em 2016.

Outro aspecto levantado como forma de afastar a aplicação do disposto no referido artigo é a existência de auxílio financeiro às famílias dos adolescentes, o que mitigaria a distância porque elas teriam como realizar as visitas, a exemplo de decisão no HC 349.127²⁸⁹, em 2016. O HC 349.965²⁹⁰, também em 2016, trouxe praticamente um resumo do entendimento que vinha sendo formado pelo tribunal, da inexistência de direito absoluto e avaliação caso a caso, levando-se em conta o histórico do adolescente, mesmo que o ato infracional não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça:

3. Não há dúvidas de que a execução de medidas socioeducativas destinadas aos menores infratores parte de princípios e busca objetivos diversos daqueles que orientam a execução penal dos cidadãos plenamente imputáveis. Desse modo, não é sem razão – até mesmo pela crescente tendência de emprestar força normativa aos princípios no ordenamento jurídico – que a citada Lei n. 12.594/12 enumera, dentre aqueles que informam a execução das medidas socioeducativas do adolescente infrator, o princípio do “fortalecimento dos vínculos familiares e comu-

nitários no processo socioeducativo” (art. 35, inciso IX). Também o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 – previu, em seu art. 124, inciso VI, que constitui direito do menor privado de sua liberdade “permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável”. Da interpretação sistemática do direito previsto no art. 49, inciso II, com o princípio insculpido no art. 35, inciso IX, ambos da Lei n. 12.594/12, e com a proteção garantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente conclui-se que, inexistindo estabelecimento apto ao cumprimento da medida de internação no domicílio do menor infrator e de sua família, como no caso vertente, é recomendável sua inclusão em programa de meio aberto na comarca de moradia de seus familiares, quando não se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. A jurisprudência deste Tribunal Superior, contudo, vem relativizando o aludido direito, que deve ser ponderado com o interesse público na imposição da adequada medida socioeducativa ao menor infrator, cumprindo examinar, caso a caso, a possibilidade de colocação do adolescente em regime mais brando em seu local de residência. *In casu*, trata-se de menor condenado por ato equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes e que já possuía passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude, revelando-se infrator contumaz, razão por que o Magistrado de origem, ao receber a representação, assinalou que a internação provisória se fazia imperiosa, a fim de afastá-lo da companhia e do ambiente que o levou a praticar o ato infracional. Ademais, conforme ressaltado pelas instâncias ordinárias, há notícia da concessão de auxílio financeiro aos familiares dos menores infratores para deslocamento até a unidade de internação, o que possibilita que o adolescente mantenha o desejado contato periódico com sua família em meio ao cumprimento da medida socioeduca-

tiva reputada adequada. Assim, não se revela imperativo – ou mesmo recomendável –, no caso vertente, a substituição da medida socioeducativa imposta por outra em meio aberto na comarca de sua residência.

Contudo, algumas decisões foram mais garantidoras desse direito. Pelo entendimento mais literal do art. 49, II, do Sinase, valendo-se quase exclusivamente da citação do dispositivo, algumas decisões, como a do HC 308.964²⁹¹, em 2015, deram-se no sentido de garantir o cumprimento da medida na localidade do domicílio, mantendo-se em liberdade assistida caso não fosse possível. Já no HC 311.865²⁹², em 2015, como em algumas decisões posteriores, além de relembrar o disposto expressamente no artigo, o tribunal baseou-se ainda na previsão do art. 35, IX, da mesma lei, que trata do “fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo”, determinando que caso não haja vaga no domicílio, o adolescente deve cumprir medida de semiliberdade.

Outro entendimento interessante que garante os direitos dos adolescentes nessa situação se deu no HC 357.963²⁹³, em 2016, em que o tribunal reconheceu que a medida de semiliberdade estaria funcionando como internação por conta da distância e que, diante da falta de vagas em estabelecimento adequado no seu domicílio, a adolescente deveria permanecer em liberdade assistida: “no caso, ficou configurado o constrangimento ilegal, uma vez que a medida de semiliberdade aplicada à paciente equivale, na prática, à internação, haja vista a longa distância – 440 quilômetros – entre o local de residência e o estabelecimento em que está cumprindo a medida socioeducativa”. No mesmo sentido já havia uma decisão de 2006, no HC 57.249²⁹⁴, em que o afastamento do adolescente de sua convivência familiar e comunitária se mos-

traria desproporcional e incompatível com os objetivos do sistema socioeducativo.

Em relação à precariedade e superlotação dos estabelecimentos, essas características apareceram de maneira a justificar decisões bastante diversas. Houve entendimento de que a precariedade justificaria a substituição por outra medida, no HC 113.324²⁹⁵, em 2009, em que foi decidido que o local “não oferece condições para abrigar os jovens submetidos à medida socioeducativa”, havendo “necessidade de resguardar os direitos individuais e respeitar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. Pelo mesmo motivo de respeito aos direitos fundamentais do adolescente, a superlotação foi utilizada como argumento para flexibilizar o direito de cumprir a medida em localidade do domicílio dos pais ou responsáveis, como no HC 287.618²⁹⁶, de 2014. De maneira distinta, nos EDcl no HC 335.794²⁹⁷, em 2016, o entendimento foi o de que não seria possível “utilizar a superlotação e a precariedade das unidades de internação para considerar que inexistente vaga em tais entidades”.

Por sua vez, a discussão em relação à internação em local adequado e específico para adolescentes está prevista nos arts. 123 e 185 do ECA:

Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Art. 185. A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

§ 1º Inexistindo na comarca entidade com as características definidas no art. 123, o adolescente deverá ser

imediatamente transferido para a localidade mais próxima.

§ 2º Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade.

Em algumas decisões até meados de 2011²⁹⁸, assentou-se interpretação de que não haveria constrangimento ilegal, diante da previsão do art. 185, na internação de adolescente em estabelecimento prisional, independentemente do prazo, se houvesse separação física dos adultos (em salas separadas, por exemplo)²⁹⁹. Contudo, a partir de 2011 o entendimento passou a ser diferente, de que mesmo essa separação física entre os dois grupos violaria o disposto no art. 123 do ECA (HC 180.595³⁰⁰), e, no mesmo sentido, decisão de 2012 (HC 234.935³⁰¹), em que o tribunal entendeu pela configuração do constrangimento ilegal pelo adolescente cumprir medida socioeducativa há quase um ano no presídio, afrontando o prazo de cinco dias permitido pelo art. 185, § 2º, do ECA. Em geral, nas decisões que se seguiram manteve-se tal entendimento, reconhecendo a impossibilidade de internação em presídios e determinando a imediata transferência a local adequado ou, caso não fosse possível, o aguardo em liberdade assistida. Ilustrativamente, cita-se aqui trecho da ementa do HC 353.342³⁰², de 2016:

Em observância às regras mínimas de aplicação das medidas socioeducativas, tais como a brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e no intuito de obedecer-se, estritamente, ao que dispõe o artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que expressamente

determina que a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, faz-se necessária a reforma do *decisum* impugnado.

Duas questões ainda merecem destaque neste assunto. A discussão sobre o local de cumprimento se deu de maneira particular em casos de adolescentes grávidas cumprindo medida socioeducativa de internação. O HC 351.732³⁰³, em 2016, retomou o disposto no art. 227, § 3º, V, da CF, que destaca a brevidade, a excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, considerou a “mudança comportamental da adolescente e absorção de novos valores” e valeu-se do Marco Legal da Primeira Infância, no que tange à presença materna nos primeiros anos de vida da criança, para garantir à socioeducanda a medida de liberdade assistida em residência particular, em virtude de ser mãe de um bebê de 10 meses, e ainda lhe fixar medidas protetivas como “orientação, apoio e acompanhamento temporários” e “matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental” (art. 101, II e III, ECA).

Em outro sentido, no HC 411.042³⁰⁴, em 2017, assentou-se a possibilidade de continuidade da internação de adolescente grávida, “desde que asseguradas as condições necessárias para que a medida socioeducativa seja cumprida e os cuidados com a saúde da adolescente sejam garantidos, bem como que, quando do nascimento da criança, esta permaneça com a genitora (arts. 60 e 63 da Lei 12.594/12 – Sinase)”. O tribunal considerou que a adolescente estaria recebendo todos os cuidados médicos necessários, mas também determinou que fossem realizadas reavaliações sistemáticas e mensais “da situação

da paciente, por equipe multidisciplinar, com imediata e prioritária submissão do relatório ao Juízo responsável pela execução da medida socioeducativa, destacando-se a necessidade de cumprimento em unidade específica para adolescentes gestantes ou em período de amamentação de filhos quando existente no local de residência familiar”.

Por fim, chamam atenção três *habeas corpus* coletivos. Dois deles foram considerados incabíveis pelo STJ, por ser necessária a identificação dos pacientes, não tendo havido, portanto, considerações na decisão a respeito da situação de fundo. No RHC 66.445³⁰⁵, a Defensoria Pública do Estado de Goiás questionou a falta de vagas no estado e a consequente manutenção dos socioeducandos em delegacias de polícia, o que não seria compatível com as finalidades da medida. Já no AgRg no RHC 69.773³⁰⁶, o questionamento se deu por parte da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo “em favor de todos os adolescentes que se encontram privados de suas liberdades na Unidade de Internação Regional Norte, em Linhares/ES, noticiando a existência de condições que violam a dignidade da pessoa humana”. O último (decisão proferida em 2018 no AgRg no RHC 359.374³⁰⁷) tinha como pacientes “todos os adolescentes que sejam futuramente internados provisoriamente pela Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Santo André/SP”. Nessa decisão, ainda que reticente em relação ao cabimento de um *habeas corpus* coletivo, mesmo reconhecendo a decisão proferida pelo STF no HC 143.641, mas entendendo que havia ali identificação pela relação fornecida pelo Departamento Penitenciário Nacional, houve ponderações sobre o pedido de fundo, qual seja, a “necessidade de observância do prazo máximo de 5 dias para a internação em repartição policial, previsto no § 2º do art. 185 do ECA, com responsabilização dos responsáveis pelo descumprimento”. Assim assentou-se na decisão:

O descumprimento injustificado do referido prazo configura o crime previsto no art. 235 do próprio estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, nos termos do art. 201 do ECA, compete ao Ministério Público instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude (inciso VII), caso em que pode efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação (§ 5º, alínea c); zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (inciso VIII); e representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível (inciso X).

Visita de familiares

Além da discussão relacionada com o local de cumprimento da medida de internação, também houve questão envolvendo a visita de familiares. Ainda que se trate de apenas um caso, o RMS 56.152³⁰⁸, cuja decisão foi proferida em 2018, cabe aqui destacá-lo em virtude de seu pano de fundo³⁰⁹. O caso envolvia a negativa de inclusão de tia de adolescente que cumpria medida socioeducativa no rol das visitas, uma vez que a Resolução SAP 144/2010 (Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo) limitou as visitas às pessoas privativas de liberdade até parentesco de 2º grau. Na decisão, assentou-se primeiro que é competência da União tratar de direito

penitenciário, conforme art. 24, I, da CF, e em relação à visitação o fez no art. 41 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984)³¹⁰. A autoridade disciplinar até poderia definir algumas questões, como número máximo de visitas por vez, necessidade de revista, entre outras, mas não “limitar o grau de parentesco das pessoas que podem ser incluídas no rol de visitantes do reeducando a parentes de 2º grau [...] na medida em que não cabe à autoridade prisional pré-definir o nível de importância que os parentes têm para os reeducandos, elegendo alguns que têm mais direito a visitá-los do que outros”.

Início do cumprimento da medida socioeducativa

Outra questão de relevância diz respeito ao momento de início do cumprimento da medida socioeducativa. Até 2009 o ECA previa em seu art. 198, VI, que a apelação seria recebida em seu efeito devolutivo, apenas sendo deferido o efeito suspensivo quando houvesse perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Até esse momento, portanto, tendo o efeito devolutivo como regra, as decisões afastavam os pedidos de recebimento no efeito suspensivo e, portanto, o retardamento do início do cumprimento da medida, por justificativas como o cumprimento de internação provisória no curso do processo, não configuração de perigo de dano o simples fato de a decisão poder ser revertida, entendendo que “na Justiça da Infância e da Juventude, a resposta rápida às necessidades socioeducativas dos menores infratores constitui fator essencialmente associado à possibilidade de recuperação e proteção de um adolescente em conflito com a lei” (HC 21.908³¹¹, 2002).

Em 2009, contudo, esse dispositivo foi revogado pela Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009). Diante de tal circunstância, a situação posta poderia ser sintetizada pelo HC 188.197³¹² (2011):

I. Até o advento da Lei n.º 12.010/2009 em nosso ordenamento jurídico, este Superior Tribunal de Justiça havia pacificado entendimento jurisprudencial no sentido de que o recurso de apelação interposto da sentença que aplicasse medida socioeducativa ao menor teria, em regra, efeito apenas devolutivo, não havendo óbice ao imediato cumprimento da determinação jurisdicional.

II. Ressalva dos casos em que houvesse dano irreparável ou de difícil reparação, bem ainda as irresignações manejadas contra sentenças que deferissem a adoção por estrangeiros, caso em que o apelo deveria ser recebido pelo magistrado de primeiro grau também no efeito suspensivo.

III. Revogado o art. 198, inciso VI, do ECA, pela “Lei da Adoção”, é de se impor a aplicação conjunta do *caput* daquele dispositivo, com o art. 520, inciso VII, do Código de Processo Civil, pela sistemática recursal adotada pelo primeiro.

IV. Se o adolescente foi mantido em internação provisória, nos casos de alteração do quadro fático que autorizava o adolescente responder a apuração solto ou ainda quando a sentença fundamentar a necessidade da imposição de medida socioeducativa, lastreando o julgador em elementos concretos constantes nos autos, o imediato cumprimento do *decisum* traduz imprescindível instrumento de tutela cautelar.

V. Na hipótese, o ordenamento jurídico prevê ainda a existência de outros instrumentos processuais para a Defesa lograr êxito em alcançar o resultado que aqui se almeja – efeito suspensivo do recurso de apelação – como o mandado de segurança ou as medidas cautelares inominadas.

Desse modo, como também ressaltado no HC 219.263³¹³, de 2011, o entendimento do CPC de que a apelação deveria ser recebida no seu duplo efeito confrontaria o que dispõe a CF em seu “caráter preventivo, pedagógi-

co e disciplinador”. Assim, continuaria sendo possível o início do cumprimento da medida antes do trânsito em julgado nas hipóteses que assim demandassem. Ou seja, a apelação passaria a ser recebida no seu duplo efeito, mas conforme art. 520, VII, do CPC/1973, poderia ser recebida apenas no “efeito devolutivo quando interposta contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”. Esses seriam os casos em que houve determinação de internação provisória, por exemplo, o que, consequentemente, afastaria a possibilidade de início imediato do cumprimento da medida por aqueles que responderam o processo em liberdade. Ao lado desse raciocínio, também apareceu outro que entendia que, apesar da revogação, permanecia em vigor o art. 215 do ECA³¹⁴, sendo possível concluir que a regra continuava sendo o efeito devolutivo, podendo o juiz atribuir o efeito suspensivo. Além disso,

3. 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. 4. Pela simples leitura dos dispositivos da Lei n. 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.³¹⁵

Em 2016, a Terceira Seção, no HC 346.380³¹⁶, assentou entendimento sobre o assunto. Corrente vencida estabe-

lecia que seria possível a execução provisória da medida quando o adolescente tivesse ficado internado ao longo do processo, considerando que essa hipótese seria convergente com a prevista no art. 520 do CPC, quando a sentença confirmasse decisão que havia antecipado os efeitos da tutela. Corrente vencedora, pautada pelo voto do ministro Rogério Cruz, sustentou que a internação provisória não seria compatível com a ideia de “antecipação dos efeitos da tutela”, porque significaria uma punição antecipada “incompatível com a verdadeira natureza do instituto da internação provisória, muito mais próxima da ideia de uma medida de cunho cautelar pessoal – similar, *mutatis mutandis*, à prisão preventiva – mais voltada, entretanto, à proteção do jovem e, paralelamente, ao resguardo da ordem pública sob risco de abalo com a manutenção da plena liberdade do adolescente em conflito com a lei”.

Seguindo a argumentação bastante utilizada sobre a natureza das medidas socioeducativas, o ministro concordou com o acórdão recorrido que ressaltou seu caráter ressocializador, pedagógico e protetivo, “de modo que postergar o início de cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença que encerra o processo por ato infracional importa em ‘perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal, permitindo a manutenção dos adolescentes em situação de risco, com a exposição aos mesmos condicionantes que o conduziram à prática infracional’”, devendo ser respeitado o que prevê o art. 100, VI, do ECA, de intervenção precoce na vida do adolescente.

Mesmo com esse marco da Terceira Seção, ainda foram proferidas decisões posteriores aplicando o entendimento de que poderia haver apelação recebida com seu duplo efeito, salvo em caso de confirmação de tutela antecipada, como no HC 351.935³¹⁷, em 2016.

Discussão que perpassa uma parte das decisões, e acaba por trazer questões processuais, diz respeito à natureza da medida socioeducativa. Um entendimento bastante citado nas decisões está sintetizado no seguinte trecho:

4. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).

5. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, *caput*).³¹⁸

Ou no RHC 74.380³¹⁹, de 2017:

Dessa maneira, não há que se falar em quantificação do caráter socioeducador do Estatuto da Criança e do Adolescente, seja em razão do próprio princípio da proteção integral, seja em benefício de seu próprio desenvolvimento, uma vez que tais medidas não ostentam a particularidade de pena ou sanção, de modo que inexistente juízo de censura, mas, sim, preceito instrutivo, tendo em

vista que exsurge, “após o devido processo legal, a aplicação da medida socioeducativa, cuja finalidade principal é educar (ou reeducar), não deixando de proteger a formação moral e intelectual do jovem”. Apontamentos doutrinários. 5. À luz do princípio da legalidade, deve-se afastar da quantificação de infrações a imposição da medida socioeducativa, devendo, portanto, pautar-se em estrita atenção às nuances que envolvem o quadro fático da situação em concreto.

Aplicação de prazo prescricional às medidas socioeducativas

Uma das discussões presentes a partir dessa questão era a possibilidade de aplicação do prazo prescricional às medidas socioeducativas. No início dos anos 2000, as decisões alternavam-se entre considerar essa possibilidade e afastá-la. Nas decisões em que se afastava a aplicação, o argumento era de que entender pela aplicação seria entender pelo caráter repressivo da medida socioeducativa, equiparando-a à pena implicando “na negativa de todo o espírito do estatuto menorista, que tem por objetivo maior evitar a estigmatização do menor infrator, tratando-o, assim, de forma diferenciada”. Além disso, “por ser a pena o pressuposto da prescrição e levando-se em conta que o prazo prescricional é regulado sempre pela quantidade de pena aplicada, in concreto ou in abstracto, não se pode permitir a incidência do instituto da prescrição nos feitos regidos pelo ECA, em função da não-fixação de lapso temporal na medida socioeducativa” (RHC 9.736³²⁰, 2001). Complementando, no REsp 270.181³²¹, em 2002, destacou-se que as “medidas socioeducativas previstas no art. 112 do ECA não se revestem da mesma natureza jurídica das penas restritivas de direito, em razão do que não se lhes aplicam às disposições previstas na lei processual penal relativas à prescrição da pretensão punitiva”.

As decisões que consideravam possível a aplicação do prazo prescricional às medidas socioeducativas, por sua vez, passaram a ser aplicadas de maneira mais uniforme a partir de 2004 e seguiam a linha pontuada em decisão de 2000 no REsp 226.370³²²:

1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributivo-repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal.
2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade.
3. Tendo caráter também protetivo-educativo, não há por que aviventar resposta do Estado que ficou defasada no tempo.
4. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores.

Esse entendimento foi transformado na Súmula 338/STJ, em 09/05/2007: “a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”. A partir disso, outras decisões passaram a discutir os termos da aplicação desse prazo. Entendeu-se, então, que não tendo havido estipulação de prazo para cumprimento da medida, deve-se considerar o prazo máximo de três anos previsto no art. 121, § 3º, do ECA:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de inter-
nação excederá a três anos.

Considerando-se, então, o prazo de três anos, deveria ser aplicado o art. 109, IV, do Código Penal, sendo a pena superior a dois e inferior a quatro anos cumulada com a aplicação do art. 115 do CP, que prevê a redução pela metade do prazo prescricional quando aquele que infringe a lei tem menos de 21 anos no momento do fato:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Nos casos em que não existe termo para medida, então, o prazo prescricional seria de quatro anos, e nos casos em que existe, deveria ser diminuído pela metade (HC 46.231³²³, 2006, e REsp 820.297³²⁴, 2006). Contudo, algumas decisões apresentaram compreensão diversa em relação a esse cálculo. Foi entendido também que nos casos em que não houve fixação do prazo da medida, deveria ser levada em conta a pena abstratamente prevista pelo legislador ao crime ao qual o ato infracional foi equiparado, desde que ela não ultrapassasse os três anos, mas considerando aqueles prazos menores que os três anos, sob pena de se evidenciar uma situação mais gravosa do que aquela

Se a legislação penal estabelece pena inferior ao prazo máximo estipulado para a aplicação da medida socioeducativa de internação (3 anos), não se pode admitir que se utilize tal parâmetro para o cálculo da prescrição, uma vez que levaria a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, porquanto se daria tratamento mais rigoroso à adolescente do que a um adulto, em situações análogas.³²⁵

O critério albergado por esta Corte para a aferição da prescrição da pretensão socioeducativa consiste na consideração da pena máxima prevista para o crime análogo ao ato infracional praticado, na medida em que o *quantum* de pena seja inferior ao prazo de internação, que é de três anos. *In casu*, tendo em vista que as penas máximas referentes aos crimes análogos aos atos infracionais superam o prazo de internação (3 anos), deve-se aplicar o art. 109, IV, do Código Penal, que estipula o prazo prescricional de 8 (oito) anos. Todavia, em razão da incidência da causa de diminuição do art. 115 do CP, o prazo prescricional consolida-se em 4 (quatro) anos.³²⁶

Por fim, chegou-se a decidir também que nos casos de medidas de advertência e reparação de danos, especialmente, em que o ECA não define nenhum prazo e não há restrição da liberdade dos adolescentes, deveria ser adotado critério diferente, sintetizado na decisão: “tendo sido aplicada ao recorrido medida socioeducativa de advertência (a mais branda das medidas), pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 129, *caput*, do Código Penal, deve ser utilizado o menor prazo previsto na legislação penal – art. 109, VI, do CP –, reduzido pela metade em decorrência da menoridade, nos termos do art.

115 do mesmo Códex, ou seja, 1 (um) ano, em obediência aos princípios da isonomia e proporcionalidade” (REsp 1.122.262³²⁷, 2009).

Relacionada a essa questão, embora bem menos expressiva nas decisões do banco, aparece também a discussão sobre a possibilidade de aplicação da atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP³²⁸). A partir do entendimento de que não existe associação entre pena e medida socioeducativa, foi assentado que não é possível tal aplicação, já que não existe dosimetria e nem aplicação de medida mais branda (HC 332.176³²⁹, 2015; HC 338.209³³⁰, 2016).

Por fim, vale ressaltar que 891 decisões do universo relativo ao tema de ato infracional trazem alguma menção ao sistema recursal. Sua quase totalidade diz respeito ao uso do *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio. O que se tem entendido, principalmente depois de decisões da Primeira Turma do STF, é que não se deve admitir HC se existe recurso ordinário cabível. Entretanto, é possível a concessão da ordem de ofício quando há constrangimento ilegal³³¹, bem como a superação da Súmula 691/STF³³².

Portanto, o que se pode observar, primeiramente, em relação a como o STJ vem interpretando os direitos das crianças e dos adolescentes, é que tem feito isso, em grande parte, a partir da demanda relativa a atos infracionais e medidas socioeducativas. Há um entendimento que passa todos os assuntos a partir dessa questão do caráter educativo da resposta estatal, não punitivo. Contudo, nem sempre essa compreensão predomina e nem sempre ela é usada de modo a adotar um entendimento mais benéfico ao adolescente. Em termos processuais, a questão está na garantia do contraditório e da ampla defesa ao adolescente, na possibilidade de aplicação do princípio da insignificância e nas consequências com a superveniência da

maioridade. Predominantemente, entretanto, a discussão se dá em torno da aplicação das medidas socioeducativas, especialmente a de internação. A compreensão de que o art. 122 do ECA deve ser interpretado de maneira taxativa é importante, mas ao mesmo tempo não impede que outras considerações sobre a vida dos adolescentes passem a justificar a medida e entendimentos mais amplos do que significa “violência ou grave ameaça” e “reiteração”. Tópico que reúne essas discussões é o de local de cumprimento da medida socioeducativa. Nesse caso, há também decisões conflitantes sobre o que seria de fato a garantia dos direitos dos adolescentes, ora entendendo que unidades superlotadas deveriam levar à substituição pela liberdade assistida, ora justificando, então, o cumprimento de medida em local distante da residência de familiares, contrariamente ao que dispõem as legislações sobre o assunto. Ainda, discussões sobre o caráter não punitivista da medida aparecem em debates processuais: no momento de início de cumprimento da medida, que, justamente por não ter caráter de pena, poderia ser aplicada antes do trânsito em julgado; ao mesmo tempo, na possibilidade de aplicação do prazo prescricional penal às medidas, porque, embora protetivas, também “de natureza retributivo-repressiva”.



Penal (FIGURA 34)

O grande tema de penal reúne ao todo 2.754 decisões³³³, divididas em quatro frentes: 1) menção a atos infracionais cometidos pela pessoa, já maior de idade (normalmente para justificar um histórico ligado à prática de crimes ou impedimentos para concursos públicos); 2) envolvimento de crianças ou adolescentes em crimes e a medida que essa circunstância influencia na penalização dos adultos; 3) pro-

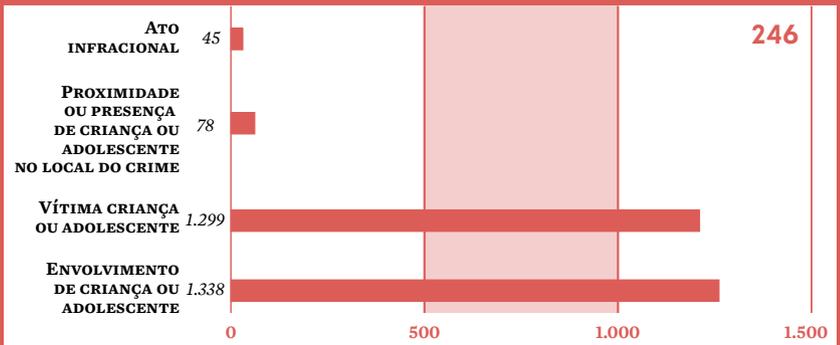


FIGURA 34. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema penal no STJ

ximidade ou presença de crianças ou adolescentes no local do crime; e 4) crimes cujas vítimas foram crianças ou adolescentes.

Ato infracional

A discussão ou a utilização de cometimento de ato infracional de pessoa adulta durante a adolescência para justificar alguns atos apareceu em 45 decisões. Isso se deu para inabilitação para assumir cargo em concurso público (REsp 48.278³³⁴, 1996), opção por regime inicial mais gravoso (HC 214.289³³⁵, 2014), não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06³³⁶ (AgRg no AgRg no AREsp 1.172.443³³⁷, 2018) e, principalmente, justificação de prisão preventiva (HC 94.804³³⁸, 2008), em que se alegava o envolvimento do acusado com a prática criminosa, configurando a reiteração e a consequente periculosidade do agente³³⁹.

Nos casos de prisão preventiva, destaca-se que o STJ tem aplicado, majoritariamente, entendimento de que “a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a menção à prática de atos infracionais anteriores é idônea para justificar a imposição da prisão preventiva a fim de se garantir a ordem pública [...] mesmo em hipóteses em que não foram apreendidas quantidades exacerbadas de drogas, ante a necessidade de impedir a reiteração criminosa daquele indivíduo que ostenta histórico de atos infracionais” (HC 525.871³⁴⁰, 2019). Inclusive, algumas vezes a prisão preventiva foi justificada apenas em virtude de ato infracional cometido durante a adolescência (HC 523.658³⁴¹, 2019, e HC 533.898³⁴², 2019). Destaca-se aqui que esse é um entendimento que contraria a lógica do sistema socioeducativo, ao comparar ato infracional com crime e medida socioeducativa com pena, violando as regras previstas na CF e no ECA.

Envolvimento de criança ou adolescente

O segundo subtema envolve decisões em que existe a participação de crianças ou adolescentes nos crimes investigados (1.338 decisões). Crianças e adolescentes não são, portanto, réus no processo em questão (eventualmente existe a menção de que ato infracional relacionado ao caso está sendo apurado), mas aparecem na narrativa do caso e influenciam de diversas maneiras a decisão.

Em um pouco mais da metade das decisões levantadas – especificamente 689 decisões –, existe a discussão sobre o crime de “corrupção de menores”. Anteriormente previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/1954 (“Lei da Corrupção de Menor”)³⁴³, tal artigo foi revogado pela Lei nº 12.015/2009, que também acabou por criar o art. 244-B do ECA, sendo esta, desde então, a estipulação legal que define tal crime:

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no *caput* deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no *caput* deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Portanto, parte considerável das decisões levantadas tratam da imputação do crime de “corrupção de menores” àqueles, maiores de 18 anos, que praticaram crimes diversos com a companhia de criança ou adolescente. Existem, de maneira destacada, duas discussões que derivam dessa imputação.

Uma delas (em 131 decisões) em relação à natureza do crime de “corrupção de menores”. A primeira decisão no banco que traz a questão é de 1999, no REsp 182.471³⁴⁴, momento em que ainda era vigente o art. 1º da Lei nº 2.252/1954. Nessa decisão, acentuando que o intuito da lei era buscar a preservação da criança e do adolescente, evitando que fizessem parte de práticas criminosas, estabeleceu-se que o resultado do crime é a corrupção ou facilitação à corrupção – incluindo “afetar o caráter do menor, de modo a ajustá-lo ao terreno do ilícito penal” e “ensejar oportunidade para que isso aconteça”. Desse modo, como ressaltado em decisão no REsp 445.633³⁴⁵, em 2002, “por ser formal, prescinde da efetiva prova da corrupção do menor (adolescente), sendo suficiente apenas a sua participação em empreitada criminosa junto com um sujeito penalmente imputável (maior de 18 anos)”.

Em algumas decisões aparece como fator de discussão o fato de o adolescente já estar “corrompido”, o que poderia afastar a caracterização do crime de “corrupção de menores”. Nesse sentido, o entendimento também tem sido que isso é irrelevante, porque o objetivo principal é que a criança ou o adolescente não tenha nenhum grau de envolvimento com qualquer crime, então cada nova prática acaba por aumentar sua “degradação” e “aumento no seu grau de corrupção”. A relevância da questão acabou por gerar fixação do entendimento por meio do Tema Repetitivo 221 – “a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal” – (REsp 1.127.954³⁴⁶, 2011, e REsp 1.112.326³⁴⁷, 2011) e, posteriormente, pela Súmula 500/STJ – “a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”.

Outra discussão trata da comprovação da idade da criança ou adolescente “corrompido”, mais especificamen-

te da prova capaz de caracterizá-la. Essa questão aparece tanto em relação à configuração da “corrupção de menores” quanto das causas de aumento, como se verá a seguir (total de 89 decisões). Nesse sentido, foi editada a Súmula 74/STJ, com a seguinte redação: “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”. Sobre essa questão, vale destacar que houve também especificação em relação ao que configura “documento hábil”, sendo assentado que “não se restringe à certidão de nascimento [...] Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, o Termo de Apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação Ajuizada na Vara da Infância” (HC 311.952³⁴⁸, 2015).

Além do crime de “corrupção de menores”, a participação de criança ou adolescente nos crimes apareceu para configurar causas de aumento de pena. Tais situações já são bem menos expressivas do que os casos que envolvem “corrupção de menores”, mas ainda assim envolvem uma parte considerável dos casos (345³⁴⁹). As causas de aumento da pena aplicadas, que também indicam quais são os crimes mais recorrentes em que existe a participação de criança ou adolescente, foram: art. 157, § 2º, II, do Código Penal³⁵⁰ (22 decisões); art. 155, § 4º, IV, do Código Penal³⁵¹ (2 decisões); art. 40, VI, da Lei de Drogas³⁵² (313 decisões); art. 2º, § 4º, da Lei das Organizações Criminosas³⁵³ (3 decisões); e art. 288, parágrafo único, do Código Penal³⁵⁴ (7 decisões).

É de se observar o alto número de casos cujo fundamento se deu pelo art. 40, VI, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Algumas considerações podem ser feitas sobre essa situação. Uma delas é que houve entendimento de que não configura *bis in idem* a aplicação do aumento da pena tanto para o crime de tráfico, art. 33 da Lei de Drogas, quanto de associação

para o tráfico, art. 35 da Lei de Drogas (HC 187.241, 2012), e que “a participação do menor pode ser considerada para configurar o crime de associação para o tráfico (art. 35) e, ao mesmo tempo, para agravar a pena como causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006”³⁵⁵.

Relacionando os últimos dois tópicos, “corrupção de menores” e causas de aumento, destaca-se que em alguns casos existe tanto a acusação por crime de corrupção quanto a aplicação de uma das causas de aumento. E, em grande parte dessas decisões, o questionamento centra-se na discussão sobre configuração de *bis in idem*. Em relação ao crime de roubo, o entendimento que vem sendo aplicado é o de que “não existe *bis in idem*, pois os tipos penais de roubo majorado e corrupção de menor tutelam bens jurídicos distintos. O primeiro resguarda o patrimônio e a integridade física da pessoa; o segundo protege ‘a integridade moral do menor de dezoito anos e a preservação dos padrões éticos da sociedade’”, como no AgRg no HC 223.996³⁵⁶, em 2012. Já com relação ao crime de tráfico de drogas, o entendimento é distinto. Foi assentado que não seria possível a condenação por tráfico com aumento de pena e corrupção de menores, pois “o agente estaria sendo punido duplamente por conta de uma mesma circunstância”³⁵⁷:

Caso o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não esteja previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), pelo princípio da especialidade, não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.³⁵⁸

Além desses casos, não é possível estabelecer de maneira clara para o restante das decisões reunidas neste

grupo o impacto do envolvimento de crianças ou adolescentes na decisão. O que se quer dizer é que a participação daqueles compõe o fato, mas as discussões são menos claras e expressas do que a caracterização do crime de “corrupção de menores” ou aplicação de causas de aumento. Ainda assim é possível elencar algumas situações que aparecem de forma mais recorrente: apenas parte da narrativa dos fatos; elevação da pena-base; aplicação de regime inicial mais gravoso; não aplicação do princípio da insignificância; aumento da gravidade do crime; possibilidade de aplicação da atenuante da menoridade (art. 65, I, Código Penal³⁵⁹); não aplicação da diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas³⁶⁰; aplicação da causa de aumento prevista no art. 35 da Lei nº 11.343³⁶¹; e aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, II e III, da Lei de Drogas³⁶². Além dessas, ainda existem os casos em que há a citação da aplicação do art. 155, § 4º, IV, ou do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, mas sem a menção expressa de que foi a participação do adolescente que justificou essa aplicação (por exemplo, nos casos em que existe concurso de três pessoas, sendo apenas uma delas adolescente).

Por fim, vale destacar que mais da metade das decisões (793) que envolvem participação de crianças ou adolescentes estavam tratando da prisão preventiva dos acusados. Além de tal constatação formal, é possível dizer que uma parte dessas decisões atrelava o envolvimento à prisão preventiva, sendo, na maioria desses casos, a configuração de ameaça à ordem pública. Cita-se, como exemplo, decisão de 2016 no HC 369.934³⁶³:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS COM A PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO

PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E INDÍCIOS DE HABITUALIDADE NO TRÁFICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constrictiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerados os indícios de habitualidade na prática do tráfico de drogas, juntamente com seu irmão (egresso do sistema prisional), bem como, tendo em vista o envolvimento de um adolescente no momento do flagrante, quando foram apreendidas 9 porções de crack.

Habeas corpus não conhecido.

Há casos também em que o fato de ter havido participação de adolescente no cometimento do crime não é considerado causa suficiente para prisão preventiva. A título de exemplo, no HC 499.689³⁶⁴, em 2019, decidiu-se que “a prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de

Direito, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal”.

Proximidade ou presença de criança ou adolescente no local do crime

Estes são casos em que crianças ou adolescentes não foram vítimas diretas ou indiretas do crime, mas o presenciaram, estavam no local onde ele ocorreu, ou nas proximidades, e passaram a compor a narrativa do caso, muitas vezes levada em conta tanto pelas instâncias inferiores quanto pelo próprio STJ para determinar/confirmar a prisão preventiva e majoração da pena. Apareceram situações envolvendo disparo de arma de fogo (2 decisões), homicídio (32 decisões), tentativa de homicídio (1 decisão), roubo (11 decisões) e tráfico de drogas (32 decisões).

Nos casos específicos envolvendo tráfico de drogas, a questão apareceu claramente como fator para aumento da pena-base e para justificação de prisão preventiva:

Na espécie, a pena-base pelo tráfico de drogas foi estabelecida acima do mínimo legal com fundamento em três circunstâncias judiciais tidas por negativas: a transnacionalidade do tráfico, a quantidade de droga, e o fato de o paciente cometer a infração na presença de seu filho. Quanto à elevada quantidade de entorpecente apreendido (3.632,95 g de cocaína), bem como ao fato de o delito ter sido cometido na presença de criança, encontra-se justificada a majoração básica.³⁶⁵

A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do recorrente,

evidenciadas pela quantidade das drogas localizadas – 175 gramas de maconha –, as quais estavam escondidas dentro da fralda da criança de colo que o acusado carregava sem autorização da mãe, circunstâncias que, somadas à apreensão de balança de precisão e papéis de seda, demonstram risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar especialmente para garantia da ordem pública.³⁶⁶

A prisão preventiva foi adequadamente motivada para garantia da ordem pública, tendo sido demonstrada a gravidade concreta da conduta e a periculosidade dos recorrentes, evidenciadas pela natureza, variedade, quantidade das drogas apreendidas – 15,8 g de crack, 814 g de maconha e 286 pinos de cocaína –, o que somado às circunstâncias do crime, considerando a forma de acondicionamento das drogas, grande parte escondida entre os pertences de uma criança, filha de _____, revela risco ao meio social. Ainda, a prisão de _____ também se justifica para evitar a reiteração na prática delitiva, uma vez que é reincidente específica, e estava no gozo de prisão domiciliar, o que revela a propensão à continuidade das condutas delitivas.³⁶⁷

A decisão mais recente neste levantamento sobre o assunto, contudo, indica entendimento diverso, de que “o fato de o crime ter sido praticado na presença de criança não constitui elemento do delito de tráfico de drogas e denota maior gravidade da conduta, constituindo fundamento concreto para o recrudesimento do regime prisional³⁶⁸. É de se observar, portanto, como o tribunal tem entendido a presença de crianças e adolescentes nos locais do crime e se valido dessa circunstância para punir.

Vítima criança ou adolescente

Uma parte bastante considerável das decisões (1.299) está relacionada a crimes em que a criança ou adolescente figurou como vítima³⁶⁹.

Crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes (FIGURA 35)

Destaque especial dos crimes cometidos contra crianças ou adolescentes deve se dar em relação àqueles de natureza sexual. Não só pela sua relevância empírica, sendo 879 dos casos, mas porque este é um âmbito de proteção específico trazido pela Constituição Federal de 1988 e sofreu modificações relevantes ao longo dos anos:

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.

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

Estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor

Especialmente em relação às decisões que envolvem os crimes de estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor (646 decisões³⁷⁰), cabe, em um primeiro momento, retomar o panorama normativo desses crimes, também a fim de entender sua ocorrência, principalmente no tempo. Até 2009 o capítulo dedicado a esses crimes no

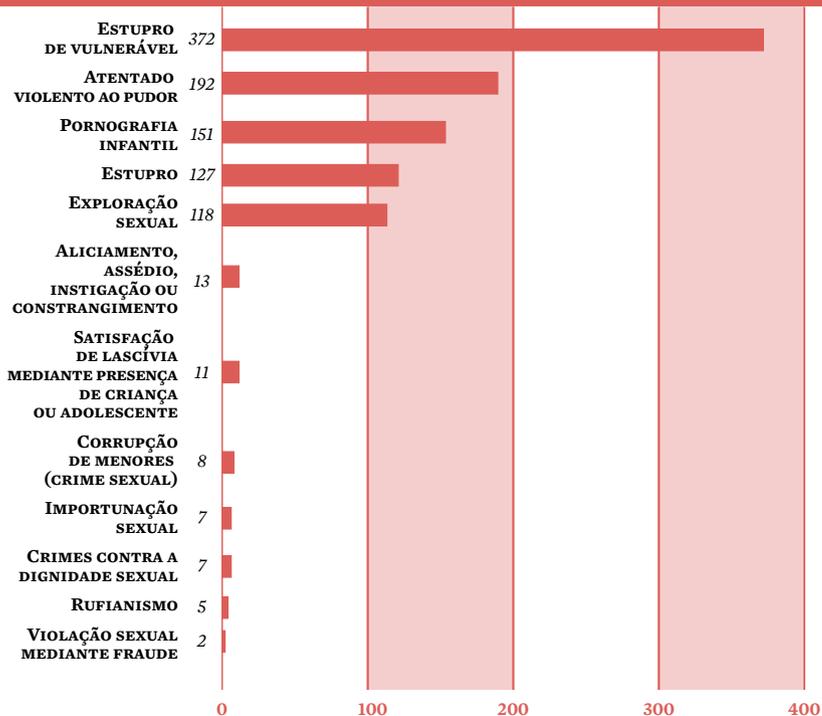


FIGURA 35. Distribuição dos crimes contra dignidade sexual nas decisões no STJ

Código Penal era denominado “crimes contra os costumes” e previa, no art. 213, o estupro, configurado como “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, e, no art. 214, o atentado violento ao pudor, caracterizado como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Houve uma modificação legislativa importante com a Lei nº 12.015/2009, que a começar alterou o nome do capítulo para “crimes contra a dignidade sexual”. Além disso, unificou os tipos penais “estupro” e “atentado violento ao pudor” (antigos arts. 213 e 214 do CP) em um único tipo de estupro (atual art. 213 do CP), cujo conceito é “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, que tem como causa de aumento da pena “se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos”. Essa lei também foi responsável por inserir o tipo de “estupro de vulnerável” (atual art. 217-A do CP), definido como “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Antes de 2009, portanto, havia o uso do termo “estupro” sem que isso pudesse informar sobre a idade da vítima.

A partir desse panorama, até 2009 foram proferidas, no levantamento desta pesquisa, 45 decisões pelo STJ. Estas englobam algumas discussões específicas, que se modificaram depois da alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009. Uma delas envolve a seguinte cadeia de modificações. O ECA alterou o art. 213 do Código Penal, acrescentando o parágrafo único com a redação de que se a ofendida tivesse menos de 14 anos aplicaria-se pena de reclusão de quatro a 10 anos. Ocorre que, durante a *vacatio legis* do ECA, entrou em vigor a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que também alterou o art. 213 do CP, estabe-

lecendo a pena de reclusão de seis a 10 anos (art. 6º), e que essa modificação na pena seria ainda acrescida da “metade respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal”³⁷¹. Com essa modificação, então, o ECA teria estipulado uma pena mais branda do que a Lei de Crimes Hediondos no caso de estupro praticado contra aquele que tem menos de 14 anos.

No REsp 21.258³⁷², em 1992, ficou assentado que a Lei de Crimes Hediondos revogou tacitamente a alteração que havia sido feita pelo ECA em relação à pena para o crime de estupro praticado contra aqueles que têm menos de 14 anos. Segundo o tribunal, compreensão em sentido contrário levaria à situação impensável de que o legislador teria deliberadamente imposto pena menor quando a vítima é uma criança. Além dessa questão, tal julgamento ainda remeteu a outro ponto importante, relativo à violência real e à violência presumida e aplicação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos³⁷³. A questão, que também apareceu em outros julgados, dava-se pela possibilidade ou não de aplicação da causa de aumento em casos em que não houvesse violência real, apenas presumida. O entendimento firmado foi o de que tal causa só incide quando o estupro ou atentado violento ao pudor tiver sido praticado com violência real e ainda houver causa para presunção de violência. Configurariam *bis in idem*, portanto, as situações em que a presunção de violência constitui o tipo penal – por exemplo nos casos da presunção que ocorre em crimes praticados contra crianças e adolescentes – e ainda possibilita o aumento da pena. Por fim, ainda ficou decidido que o crime de estupro seria hediondo e, por isso, a pena seria cumprida em regime prisional integralmente fechado. Esse foi o entendimento de muitas decisões que se seguiram, como no REsp 692.188³⁷⁴, em 2006:

2. Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei 8.072/90 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável *bis in idem*, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

3. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só enseja a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à circunstância de ser a vítima menor de quatorze anos, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retrorreferida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

4. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal, independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

5. Nos termos expostos, não há falar em *bis in idem* (que somente ocorreria nas hipóteses de violência ficta, presumida, onde não há recusa expressa da vítima), mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez, pois é indiscutível que o estupro praticado mediante violência real contra uma criança é mais reprovável do que aquele cometido contra uma pessoa adulta.

É de se ressaltar também, somado a isso, que em muitos casos o fato de a vítima ter menos de 14 anos permite que haja presunção de violência, e, por isso, surgiu o debate sobre *bis in idem*. Nesse sentido, destaca-se decisão no EREsp 666.474³⁷⁵, em 2008:

1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida a menor de 14 anos, em que

ainda não haja efetiva violência física ou real, esta será presumida, diante de uma certa restrição na capacidade da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual.

2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF.

Também existe uma discussão sobre a configuração dos requisitos para determinação de prisão preventiva do acusado, ora entendendo que há motivação para garantia da ordem pública, diante da gravidade dos atos praticados (HC 72.383³⁷⁶, 2007), ora concluindo que, apesar da gravidade do ato, não é possível presumir intimidação das vítimas (HC 88.128³⁷⁷, 2008).

A primeira decisão que tratou do estupro de vulnerável foi já em 2009, no REsp 1.102.005³⁷⁸. A partir da alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.015/2009, portanto, conforme ressaltado nessa decisão, houve revogação do art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, passando a prever o art. 217-A do CP uma situação mais gravosa para o crime de estupro cometido contra aqueles que têm menos de 14 anos. Com a alteração, nessa decisão em específico, houve aplicação retroativa do art. 217-A ao caso cometido antes da alteração legislativa, praticado contra crianças e adolescentes com menos de 14 anos e com violência, por ser mais benéfico ao acusado.

A partir desse novo marco legal, questões importantes apareceram, relacionadas a esse assunto já tratado pelo STJ. A principal delas é a configuração de violência pre-

sumida em relação àqueles com menos de 14 anos, se ela é ou não absoluta. Mencionam-se aqui como exemplo duas decisões de 2010 que afastaram a configuração de violência presumida considerando o desenvolvimento dos adolescentes. No REsp 494.792³⁷⁹, o acórdão recorrido havia firmado entendimento de que é “insustentável que uma adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja absolutamente incapaz de consentir relações sexuais” e, embora não tenha se debruçado especialmente sobre esse ponto, ressaltou que “é inadmissível a manifesta contradição de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal”. A outra decisão se deu no HC 110.876³⁸⁰, em que se ressaltou que a intervenção penal deveria se dar para coibir abusos e violências, e não a liberdade sexual, sendo que “nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes”. Desse modo, considerou-se que o ato sexual praticado por criança ou adolescente com menos de 14 anos foi consentido, afastando o crime de estupro, não havendo a presunção de violência.

Contudo, retomando-se entendimento já manifestado ainda antes da alteração promovida em 2009, foi se consolidando, também no Supremo Tribunal Federal, que quando a vítima tiver menos de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, sendo independente que a adolescente já tenha tido outras relações sexuais ou que tenha concordado com o ato, vide decisão no REsp 953.805³⁸¹, em 2014. No mesmo ano, no REsp 1.276.434³⁸², foi ressaltada a postura equivocada das instâncias inferiores de afastarem o crime de estupro cometido pelo padrasto contra a enteada, por considerar que ela teria consciência do que estava fazendo, o que

demonstraria um “padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista”, complementando-se ainda que:

Igualmente frágil a alusão ao “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” como fator que permite relativizar a presunção legal de violência de que cuidava o art. 224, “a”, do CPB. Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infantojuvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Esses também foram os fundamentos presentes na decisão no REsp 1.480.881³⁸³, em 2015, ressaltando-se que

no caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

Em se tratando de recurso especial repetitivo, foi fixada a seguinte tese: “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com criança ou adolescente com menos de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime” (Tema Repetitivo 918). Soma-se a isso o entendimento sumulado em 2017: “o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente” (Súmula 593/STJ).

Relacionada a esta discussão está a da configuração de tentativa ou consumação do crime de estupro. Essa questão aparece a partir de 2009, porque antes havia a distinção entre o crime de atentado violento ao pudor – práticas diversas da conjunção carnal – e o de estupro – conjunção carnal. Com os novos dispositivos do Código Penal, o crime de estupro passou a conter redação que conjugou conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Decisão importante foi tomada no REsp 1.353.575³⁸⁴, em 2013. Foi assentado que, conforme precedente sobre atentado violento ao pudor³⁸⁵, e própria intenção do legislador, o “estupro de vulnerável consuma-se com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima”. Entendeu-se que é possível a configuração de tentativa, “desde que a conduta perpetrada não configure ato libidinoso apto a configurar o delito em sua forma consumada”. Foi ressaltado também que “a proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, *caput*, c/c o § 4º da Cons-

tituição da República), e de instrumentos internacionais”. Nas decisões que se seguiram foi aplicado tal entendimento, sendo relevante ressaltar complementações a esse raciocínio. Em 2015, no REsp 1.021.684³⁸⁶, foi destacado que:

Nega-se vigência ao art. 214 (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual das vítimas (crianças), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão-somente com a introdução do membro viril nas cavidades oral ou anal, ou a introdução “de um seu substituto (do membro viril)” nas cavidades vaginal ou anal.

Além disso, essa decisão ainda contempla entendimento sobre a configuração de crime único quando estupro e atentado violento ao pudor são praticados “contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático”³⁸⁷. Ainda sobre a mesma questão, destaca-se trecho da decisão em 2016 no REsp 1.611.910³⁸⁸:

A análise jurídica empreendida pela Corte de origem, a par de dissociada da jurisprudência dos tribunais superiores, reproduz reprovável discurso sexista, ofensivo à dignidade da mulher – notadamente da que ainda se encontra em formação física e psíquica –, o que não só descumpre o comando constitucional (art. 227, § 4º) que impõe severa punição ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente, como também transmuda em mera retórica, desprovida de eficácia, o dever estatal de proteção de que todos são destinatários.

Algumas decisões ainda tratam da caracterização de crime de estupro de vulnerável ou de contravenção penal.

Até 2018, a discussão se dava em termos de saber se a situação que envolvia estupro poderia ser desclassificada para a contravenção penal estabelecida no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais), descrita como “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”, ou no art. 65, do mesmo diploma, “molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável”. No mesmo sentido das decisões que afastaram a forma tentada do crime de estupro, no REsp 1.598.077³⁸⁹, em 2016, assentou-se que, tratando do pedido para caracterização do art. 61 da Lei de Contravenções,

nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (crianças), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que as “ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave”.

Já em relação ao art. 65 da Lei de Contravenções Penais, destaca-se decisão, de 2016, no REsp 1.583.228³⁹⁰:

IV - Não se confundem tais atos com a conduta descrita contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Com efeito, tem-se que na contravenção em referência o direito protegido é o da tranquilidade pessoal, violada por atos que, embora reprováveis, não são considerados graves. Aqui o objetivo do agente é aborrecer, atormentar, irritar. O estupro de vulnerável, por sua vez, é mais abrangente, visa o resguardo, em sentido amplo, da integridade moral e sexual dos menores de 14 anos, cuja capacidade de discernimento, no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade, é reduzida. Esta última

conduta evidencia um comportamento de natureza grave da parte do agente.

[...]

VI - *In casu*, a conduta praticada pelo réu não pode ser considerada inconveniente apenas, porquanto não se observa nela o singelo intento de violar a paz da criança, ofendê-la ou irritá-la, mas, ao revés, o que se vê é uma sequência de atos de cunho sexual, altamente reprováveis e que explicitam a intenção lasciva do recorrido, os quais ultrapassam sobremaneira o pudor médio e jamais seriam aceitos como superficiais em qualquer meio social.

Em 2018 houve alteração legislativa, tendo sido o art. 61 da Lei de Contravenções Penais revogado pela Lei nº 13.718/2018, que inseriu o art. 215-A, crime de importunação sexual, no Código Penal³⁹¹. Contudo, seguiu-se entendimento sobre a impossibilidade de desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual, uma vez que este é cometido sem violência ou grave ameaça, e no caso de vítimas com menos de 14 anos, a violência é presumida³⁹².

Outras discussões tratam de aspectos de cunho mais processual, como a definição de competência e produção de provas. Em relação à competência, o que se destacou no AgRg no HC 224.313³⁹³, em 2012, por exemplo, foi que “Lei de Organização Judiciária local que, em sintonia com as normas dos arts. 96, inciso II, alínea ‘d’ e 125, *caput*, § 1º, todos da Constituição Federal, outorga a órgão do Tribunal de Justiça poder para atribuir a competência para processar e julgar crimes praticados contra crianças e adolescentes ao Juizado da Infância e Juventude”. Em decisão em 2013, no RHC 40.468³⁹⁴, ressaltou-se que também o STF entendeu “que Tribunal de Justiça estadual, ao estabelecer a organização e divisão judiciária,

pode atribuir a competência para o julgamento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes ao Juízo da Vara da Infância e Juventude, por agregação, ou a qualquer outro Juízo que entender adequado”. Já no RHC 37.603³⁹⁵, no mesmo ano, o que se definiu foi que o ECA “permitiu que os Estados e o Distrito Federal pudessem criar, na estrutura do Poder Judiciário, Varas Especializadas e exclusivas para processar e julgar demandas envolvendo crianças e adolescentes (art. 145). Todavia, restringiu, no seu art. 148, quais matérias poderiam ser abrangidas por estas Varas”, e entre estas não estão “competência para julgamento de feitos criminais, em que sejam vítimas crianças e adolescentes”³⁹⁶.

Em relação às provas, destacam-se duas questões. Uma versa sobre produção antecipada de provas, especificamente oitiva de crianças que supostamente teriam sofrido abusos sexuais³⁹⁷. Nesse sentido, conforme HC 226.179³⁹⁸, em 2013:

3. Conquanto a oitiva das vítimas antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, o certo é que a suspeita da prática de crime sexual contra criança e adolescente justifica a sua inquirição na modalidade do “depoimento sem dano”, respeitando-se a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado.

4. A colheita antecipada das declarações de menores suspeitos de serem vítimas de abuso sexual, nos moldes como propostos na hipótese, evita que revivam os traumas da violência supostamente sofrida cada vez que tiverem que ser inquiridos durante a persecução criminal.

A outra destaca o valor do depoimento da vítima nesses casos, que “geralmente são praticados na clandestinidade”, em que “não há testemunhas ou deixam

vestígios”, ressaltando que deve ser agregado a outros elementos de prova (RHC 45.589³⁹⁹, 2015, e AgRg no AREsp 397.136⁴⁰⁰, 2013).

De maneira geral, contudo, a maior parte das decisões diz respeito à justificativa de prisão preventiva de acusado por cometimento de crimes sexuais contra crianças ou adolescentes. A manutenção da prisão preventiva é justificada pela periculosidade do agente, pelo perigo à ordem pública, sendo que, em geral, “as condições pessoais favoráveis do paciente, como primariedade, residência fixa e emprego lícito, não garantem, por si sós, a revogação de sua prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para garantir a segregação preventiva”.

Por fim, vale mencionar algumas decisões mais pontuais que agregam entendimentos relevantes para a questão. Retomando a questão do *bis in idem*, também aparece discussão sobre a aplicação do art. 61, II, “h”, do Código Penal⁴⁰¹ em caso de crime de estupro de vulnerável. Em decisão em 2017, no HC 396.017⁴⁰², firmou-se que “o artigo 217-A do Código Penal dispõe sobre o crime de estupro cometido contra pessoa menor de 14 anos, o que torna inviável à exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, em razão da incidência da agravante prevista no art. 61, II, h, do Código Penal (crime cometido contra criança), sob pena de *bis in idem*”. Também foi afirmada a competência do Ministério Público como “parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição financeira da mesma”. Isso porque, conforme decisão no HC 148.136⁴⁰³, em 2011:

2. A Carta Política de 1988, entretanto, designou especial atenção às crianças e aos adolescentes e previu que cabe não só a família, mas também ao Estado assegurar

à criança todos os direitos ali previstos. A partir dessa premissa, não me parece razoável que a proteção jurisdicional do Estado, em caso de um crime hediondo de extrema gravidade e praticado contra uma menor, seja reservada apenas a um reduzido número de crianças, com fulcro exclusivamente em sua situação econômica.

3. A subordinação da punibilidade dos crimes contra a liberdade sexual praticados contra menores a seus representantes legais é claramente incompatível com o texto constitucional em vigor, portanto correta a decisão do Tribunal a quo que reconheceu não ter sido o art. 225 do CPB recepcionado pela Constituição de 1988.

Além disso, já foi decidido no art. 61, II, “f”, do CP⁴⁰⁴ que “ambiente doméstico” diz respeito à “circunstância relativa à relação familiar e não ao local físico onde os delitos foram praticados” (HC 213.834⁴⁰⁵, 2018). Também considerando o contexto doméstico, firmou-se entendimento no RHC 87.653, em 2017, de que “não há irregularidade na ausência de indicação de data específica do delito, porquanto praticado em continuidade delitiva” porque “em crimes dessa natureza, praticados no ambiente familiar, de forma reiterada e contra criança, torna-se difícil especificar data e hora das condutas, o que não diminui a precisão da imputação. Dessarte, tem-se preservada a ampla defesa”⁴⁰⁶.

Pornografia infantil

Crimes relacionados à pornografia infantil⁴⁰⁷ também reúnem um número relevante de decisões (151), destacando-se duas discussões centrais: configuração dos crimes e competência para julgamento.

Em relação ao primeiro aspecto, no REsp 617.221⁴⁰⁸, em 2004, quando vigorava o art. 241 do ECA com a redação de que se tratava de crime “fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou ado-

lescente”, afastou-se a diferenciação que havia sido feita pelo acórdão recorrido entre os termos “publicar” e “divulgar” e a consequente atipicidade da conduta daqueles que “divulgassem”. O fato de os réus terem divulgado material em uma conversa pessoal pela internet configurou o crime de pornografia “uma vez que permitiram a difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, tornando-as públicas, portanto. Ora, as fotos eram transmitidas por sites da internet, através de chats, endereços eletrônicos e grupos de conversação. A sua disponibilização através desses recursos virtuais permite o acesso de qualquer usuário comum”. Além disso, destacou-se na decisão que não há necessidade de identificação das vítimas para a caracterização do delito, diante da garantia de proteção integral às crianças e aos adolescentes.

Depois da alteração promovida pela Lei nº 10.764/2003, o art. 241 passou a contar com a seguinte redação: “apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente”. Em relação a essa alteração, foi firmado entendimento em 2005, no REsp 704.744⁴⁰⁹, de que não teria sido excluído o delito de fotografar crianças e adolescentes, mas ampliado o rol que configura o crime. Também em decisão no HC 177.472⁴¹⁰, em 2011, tratou-se do assunto, ressaltando que a norma deveria ser entendida a partir da sua finalidade, sendo que “produzir fotografias” seria o mesmo que “fotografar”. Pensar de maneira diversa, “além de ilógico, diverge de forma radical do viés sistêmico da norma que ampara e protege crianças e adolescentes, tanto em sua face histórica (sempre fotografar pornografia infantil foi considerado crime) quanto teleológica (conduta repudiada pela sociedade)”.

Outro precedente importante foi sobre a consumação do crime do art. 241. Ela “ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários” (CC 29.886⁴¹¹, 2007). Sobre os fatos que caracterizam pornografia infantil, entendimento no HC 168.610⁴¹², em 2012, foi o de que a previsão legal não está completa e não se trata apenas de fotos de “crianças e adolescentes totalmente despidas”, devendo “o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos e, por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA)”⁴¹³.

Decisão no CC 29.886⁴¹⁴ também foi importante em relação ao segundo aspecto, sobre a competência para julgar esses crimes. Embora o art. 70 do CPP estabeleça a competência do local da “consumação delitiva”, os crimes em questão colocam a dificuldade de serem cometidos pela rede mundial de computadores, sendo, assim, difícil caracterizar o local de consumação. Nessa decisão, portanto, considerando que “o ilícito em questão prevê a conduta típica representada pelo verbo ‘publicar’, ou seja, tornar público material que envolva criança ou adolescente em cenas de sexo explícito” e que o legislador fixou o local de consumação porque “provas poderão ser coletadas com maior precisão e facilidade, com vistas aos princípios da celeridade e economia processual”, embora as imagens fiquem armazenadas no provedor, a competência se dá no local onde foram publicadas.

Outra perspectiva da competência envolve crimes cometidos além das fronteiras nacionais. Nesse sentido, o entendimento é o de que não basta que tenha sido cometido pela rede mundial de computadores, mas que efetivamente o caso em questão se dê para além das fronteiras, envolvendo pessoas de fora do país, para que seja afirmada a competência da Justiça Federal⁴¹⁵. Além disso, “a competência da Justiça Federal é fixada quando o cometimento do delito por meio eletrônico se refere a infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, constatada a internacionalidade do fato praticado (art. 109, V, da CF), ou quando a prática de crime via internet venha a atingir bem, interesse ou serviço da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, IV, da CF)” (CC 111.338⁴¹⁶, 2010)⁴¹⁷. Posteriormente, em 2015, foi firmada tese de repercussão geral no STF, no julgamento do RE 628.624⁴¹⁸, no sentido de que “compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei n. 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores”⁴¹⁹.

Ainda dentro do assunto de pornografia infantil, destacam-se mais duas decisões, roferidas, respectivamente, em 2018 e em 2017. Na primeira, no REsp 1.679.465⁴²⁰, as-sentou-se que:

como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta.

Não pode ser exigido “monitoramento prévio”, mas diante de “exposição pornográfica não consentida”, que constitui “uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis [...], é cabível para sua proteção a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela”. Na segunda, assentou-se pela possibilidade de “compartilhamento de provas por meio de cooperações jurídicas internacionais”, tendo em vista que “o Brasil obrigou-se a reprimir crimes praticados contra crianças e adolescentes relacionados à exploração e ao abuso sexual, pois signatário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e protocolo Facultativo à convenção sobre os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, ambos incorporados ao direito positivo brasileiro, respectivamente, pelos Decretos Presidenciais n. 99.710, de 21/11/1990, e 5007, de 8/3/2004” (AgRg no REsp 1.492.472⁴²¹).

Exploração sexual

As questões relativas à exploração sexual reúnem 118 decisões, que também sofreram modificações a partir de alterações legislativas no Código Penal. Até 2009, a previsão estava no art. 244-A do ECA – “submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual” – (por sua vez inserido pela Lei nº 9.975/00) e no art. 218 do Código Penal – “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo” –, então chamado de crime de “corrupção de menores”. Tinha-se firmado entendimento de que “o crime pre-

visto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de ‘exploração sexual’ nos termos da definição legal”. No REsp 884.333⁴²², em 2007, foi afastada a condenação por entender que a adolescente já estaria “entregue à prostituição”, tendo havido contratação para “prática de conjunção carnal” sem haver “submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual”. Além disso, como resolvido em 2009, no REsp 1.104.802⁴²³, o consentimento da vítima seria irrelevante, bastando que houvesse submissão à exploração sexual.

A já mencionada Lei nº 12.015/2009 também foi responsável por fazer alterações em relação a esse assunto. Ela alterou a redação do art. 218 do CP, passando a configurar o crime de “corrupção de menores” para “induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”, e incluiu mais dois artigos: art. 218-A, “praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem” (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente); e art. 218-B, “submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone”⁴²⁴.

Depois dessa mudança, algumas decisões foram proferidas no sentido de assentar o novo marco legislativo. No REsp 1.218.392⁴²⁵, em 2012, constatou-se que o atual art. 218 do CP tem a função de “evitar a mácula sexual daqueles em processo de desenvolvimento”, e o art. 244-B do ECA, “proteger a formação moral”, evitando a incursão do adolescente no mundo da criminalidade. Diante desse cenário, haveria uma lacuna legislativa “no caso da prática consentida de conjunção carnal ou ato de libidinagem com adolescente maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos,

que não esteja inserido em um contexto de favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual”. No mesmo sentido, em 2013, em decisão no HC 221.480⁴²⁶ ressaltou-se que o antigo art. 218 punia aquele que corrompia adolescente entre 14 e 18 anos, “com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo”, mas que na ocasião tratava da corrupção e da satisfação da lascívia apenas em relação às crianças e aos adolescentes com menos de 14 anos. Desse modo, teria havido *abolitio criminis* da corrupção sexual daqueles que têm entre 14 e 18 anos, não podendo ser aplicado a esses casos o art. 244-B do ECA, que não tem conotação sexual⁴²⁷.

Também foram retomadas questões como a caracterização do crime, o cliente ocasional e o consentimento, muitas vezes de maneira conjunta. Em relação à configuração do crime, observa-se que, com a alteração, criou-se uma divergência em relação ao que dispõe o art. 244-A do ECA e o art. 218-B, *caput* e § 2º, I e II, do CP:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual.

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

Algumas decisões, seguindo o que já vinha sendo decidido anteriormente, como em 2014, no AgRg no REsp 1.292.704⁴²⁸, e olhando especificamente para o art. 244-A, prendiam-se à situação de “submeter” à exploração sexual, decidindo, por exemplo, que “o núcleo do tipo ‘submeter’ não exige que o sujeito ativo afrente a vítima com a possível utilização da força ou ação coercitiva, para que ela seja submetida à prostituição ou à exploração sexual”, o que inclusive poderia significar crime de estupro (no mesmo sentido, AgRg no AREsp 355.256⁴²⁹, 2014). Em outra decisão de 2014, no REsp 1.361.521⁴³⁰, assentou-se que a submissão compreende “necessária relação de poder sobre a adolescente, na família, empresa ou mediante ameaça por qualquer modo realizada”. Nesses casos, seria irrelevante o consentimento da vítima (REsp 1.286.947⁴³¹, 2012, e AgRg no AREsp 355.256, 2014). Somava-se a esse entendimento, portanto, o afastamento do “cliente ocasional”, porque não seria ele quem explora sexualmente⁴³². Esse entendimento está sumarizado no seguinte trecho da decisão, em 2016, no HC 347.895⁴³³:

Considerando a proibição de analogia ou de interpretação extensiva em prejuízo do réu, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, somente foi elencado como sujeito ativo do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente o agente que efetivamente sujeita a criança ou adolescente à prostituição, sendo necessária a descrição, na denúncia, de uma conduta que, por meio do emprego de mecanismos de pressão, leve a criança ou adolescente à prostituição. Além disso, os conceitos de prostituição ou de exploração sexual

não se coadunam com a ideia de fato isolado, mas sim com a concepção de comportamento que se projeta ou reitera no tempo. Precedentes. 5. O art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente não compreende a conduta de manter relação sexual ocasional com adolescente subjugada, por outrem, à exploração sexual.

Ocorre que algumas decisões se deram em sentido distinto, quando analisado o art. 218-B, *caput* e § 2º, I, do CP. Em 2014, no HC 288.374⁴³⁴, tratava-se de circunstância em que o acusado manteria relação sexual com adolescente, que já seria sexualmente explorada. Entendeu-se que:

4. Opção político-estatal de proteção integral da criança e adolescente, por princípio constitucional, normas nacionais e internacionais, que gradualmente fez inserir na legislação proibição de trabalho até os 16 anos de idade – sendo na menoridade de nenhum modo perigoso ou insalubre – e de submissão à prostituição (ECA, Art. 244-A), tipo penal derogado pela Lei n. 12.015/90, que acresceu condutas não coativas de introdução ou de dificuldade de abandono da prostituição (profissão voluntária), ou de exploração sexual (sem a voluntariedade) da adolescente – art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal.

5. Para impedir violações à proteção integral, não se pune o adolescente (que trabalha ou se prostitui), mas quem serve-se dessa atividade vedada (punindo administrativamente empregadores e criminalmente – opção política de tratamento mais gravoso – aos clientes da prostituição).

6. Não é afetada a liberdade sexual do adolescente, pois ab-rogado o art. 218 do CP, apenas mantendo protegida sua imagem (ECA, arts. 240/241-E) e impedindo indução a servir como simples instrumento do prazer de terceiro (CP, Art. 227).

7. O tipo do art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal, tem a condição de vulnerabilidade admitida por critério biológico ou etário, neste último caso pela constatação objetiva da faixa etária, de 14 a 18 anos, independentemente de demonstração concreta dessa condição de incapacidade plena de autogestão. A única habitualidade exigida é na atividade de prostituição – que não se dá por única prática sexual –, o que não afasta ato único em caso de exploração sexual.

8. Desimporta atuar a vítima previamente na prostituição, pois não se pune a provocação de deterioração moral, mas o incentivo à atividade de prostituição de adolescente, inclusive por aproveitamento eventual dessa atividade, como cliente.

Outras duas decisões de 2018 também corroboram esse entendimento. No REsp 1.490.891⁴³⁵, confirmou-se que está configurada a prática descrita no art. 218-B, *caput* e § 2º, I, do CP quem satisfaz sua lascívia mediante pagamento a adolescente entre 14 e 18 anos. Sustenta-se que “a leitura conjunta do *caput* e do § 2º, I, do art. 218-B do Código Penal não permite identificar a exigência de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com adolescente de 14 a 18 anos se dê por intermédio de terceira pessoa. Basta que o agente, mediante pagamento, convença a vítima, dessa faixa etária, a praticar com ele conjunção carnal ou outro ato libidinoso”. Também no HC 160.901⁴³⁶, embora considerando-se que não poderia ser aplicado tal artigo porque os fatos ocorreram antes de 2009⁴³⁷, foi pontuado que:

6. Embora a Constituição Federal tenha estabelecido o princípio da proteção integral do menor (CF, arts. 227, *caput*, c/c o 4º), antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu o novel tipo penal do art. 218-B do CP, a

conduta do chamado “cliente ocasional” de adolescente maior de 14 anos e menor 18 anos, já submetido à exploração sexual, não era considerada típica, por não se subsumir ao art. 244-A do ECA.

7. O art. 218-B estabeleceu, em seu § 2º, que incorre nas mesmas penas do *caput* “quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo”.

8. Conquanto o paciente tenha realizado pelo menos três “programas” com as adolescentes – condutas manifestamente atentatórias à integridade física, psíquica e moral das menores – importa reconhecer, repita-se, que tal comportamento não se adequa ao verbo “submeter” para fins do art. 244-A do ECA, sendo certo que a novel legislação, que derogou tal dispositivo de lei, trazendo maior repressão à prostituição infantojuvenil e ao chamado “turismo sexual”, somente entrou em vigor anos após os fatos apurados no processo-crime ora em exame.

Outra decisão que resolve questões advindas da mudança legislativa se deu em 2016 no REsp 1.401.450⁴³⁸. Na decisão, ponderou-se que o art. 228 do CP, que antes de 2009 tratava da exploração sexual de maneira ampla, foi substituído em relação às crianças e adolescentes pela disposição do art. 218-B do CP, que passou a tratar de maneira mais específica desse grupo, passando desde então a “proteger as pessoas que possuem o necessário discernimento para a prática do ato sexual (maiores e capazes)”.

Por fim, outras decisões pontuais chamam atenção em relação ao assunto. Ficou assentado, tanto no CC 38.517⁴³⁹ (2012) quanto no HC 287.408⁴⁴⁰ (2014), que a exploração sexual de indígenas não atrai a competência da Justiça Federal, devendo ser aplicada a Súmula 140/STJ: “compete à Justiça

Comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”, por não se tratar de litígio que envolve direitos indígenas, ou direitos culturais indígenas⁴⁴¹. Outra decisão que chama atenção é de 2019, no AgRg no REsp 1.683.478⁴⁴², em que, além de outras considerações, ressaltou-se que “o erro de tipo em face à ignorância em torno da idade da vítima, não obstante tenha resguardo jurídico, se tornou um modo corriqueiro de se eximir da condenação penal. É desproporcional dar-lhe maior ênfase quando se tem, de outro lado, ofensa a direitos fundamentais [...] é preciso que haja proteção de fato e de direito às crianças e adolescentes brasileiros, pois de nada adiantará todo o aparato judicial preventivo se não aplicado de forma efetiva”.

Os crimes sexuais concentram a maior parte das decisões que tratam de vítimas crianças ou adolescentes. Não apenas quantitativamente, mas em termos de interpretação de direitos desse grupo. Merecem destaque, então, outras decisões tomadas diante de outros crimes⁴⁴³.

Desvio de verbas públicas e prejuízos às crianças e aos adolescentes

O assunto de desvio de verbas públicas apareceu em quatro decisões, que merecem destaque pela dosimetria da pena. Em 2011, no AgRg no Ag 1.276.131⁴⁴⁴, questionamento se dava pela majoração da pena-base acima do razoável pela prática de crime de peculato. Isso se deu porque houve entendimento de que “o crime é de extrema gravidade, causando interrupção absoluta do programa assistencial e prejuízos irreparáveis à saúde dos grupos alvos, que são marcados pela vulnerabilidade e pela carência. A falta de repasse de produtos básicos como o leite, comprovadamente causou um agravamento do estado nutricional e afetou o processo de ganho de peso de crianças que participavam do projeto”. O STJ deu parcial provimento ao agravo por entender que houve excessivo aumento da pena-base,

violando-se a proporcionalidade. Já no AgRg no AgRg no REsp 1.235.995⁴⁴⁵, em 2015, foi negado provimento a agravo que questionava aplicação do art. 61, II, “a”, do CP⁴⁴⁶, pelo entendimento de que “o agente cometeu o delito impulsionado pela ganância e ambição, no desvio da quantia de ‘sessenta e oito milhões e quatrocentos mil cruzeiros’, de verbas públicas que tinham como destino a reforma de escolas municipais [...] porque o desvio não foi de uma verba qualquer, mas daquela destinada à atividade essencialíssima da educação, e portanto capaz de comprometer a formação das crianças e o futuro da sociedade”. Em sentido semelhante, no REsp 1.474.086⁴⁴⁷, em 2016, foi negado o pedido de revisão da dosimetria, entendendo o tribunal que os réus tiveram conduta “extremamente reprovável”, justificando a majoração da pena porque

os réus eram prefeitos de municípios do interior do Estado de Alagoas – locais extremamente pobres, com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) entre os mais baixos do País – e foram condenados em razão de malversação de verbas públicas, por volta de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) provenientes do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, FNDE/MEC, particularmente em função de desvio de merenda escolar que seria servida aos mais desvalidos – crianças pertencentes ao substrato mais carente de recursos da população alagoana –, que se valem, muitas vezes, das refeições escolares como única fonte alimentar decente ao longo do dia.⁴⁴⁸

Ainda que poucas as decisões sobre o assunto, é possível identificar uma interpretação no sentido de maior reprovabilidade da conduta do agente, que permeia o STJ e as instâncias inferiores. Se por um lado o STJ entendeu que a majoração da pena-base teria sido excessiva em caso de

prejuízo a programa assistencial, também entendeu que caracteriza sim motivo torpe, implicando agravamento da pena, o desvio de verbas públicas para reforma de escolas, e que não seria possível a revisão da pena no caso de desvio de recurso para merenda escolar.

Tráfico internacional de crianças

Dois pontos são relevantes em relação⁴⁴⁹ ao tráfico internacional de crianças. Sobre a competência, em 2011, no AgRg na Rcl 3.445⁴⁵⁰, afirmou-se que ela é atribuída à Justiça Federal, conforme art. 109, V, da CF e a “adoção pelo Brasil da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto Legislativo n. 28/1990)”. Já em relação à natureza do crime, em 2012, no REsp 1.023.002⁴⁵¹, assentou-se que o “delito tipificado no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente é formal, porque consuma-se com a simples conduta de auxiliar na efetivação de atos destinados ao envio de criança ao exterior, sem a observância das formalidades legais ou com a finalidade de obter lucro, não sendo exigido o efetivo envio do menor ao exterior”.

Homicídio e liberdade religiosa

Situação peculiar envolvendo homicídio e liberdade religiosa esteve presente na decisão de 2014 no HC 268.459⁴⁵². Os réus eram pais de adolescente que faleceu em virtude de complicações de anemia falciforme, que só poderia ser tratada com transfusão de sangue, o que foi negado por eles por conta de sua crença religiosa (Testemunhas de Jeová). Os pais foram denunciados, então, pelo crime de homicídio contra descendente, e um médico amigo da família e membro da Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová, por homicídio, que teria influenciado os pais a tomarem tal decisão e ameaçado os médicos do hospital que tomassem medida contrária. Chegou-se à conclusão

no acórdão de que não se poderia considerar típica a conduta dos pais, entendendo-se que não tinham a intenção de matar sua filha, na verdade queriam salvá-la quando se dirigindo ao hospital, e que a situação deveria ser vista pela ótica de que a ausência da concordância não poderia justificar a omissão dos médicos em realizar o tratamento adequado – “tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte”⁴⁵³.

Redução à condição análoga à de escravo

Interessante observar, ainda, decisão sobre redução à condição análoga à de escravo no REsp 1.223.781⁴⁵⁴, em 2016. Isto porque foi dado provimento ao recurso para afastar pedido de configuração de atipicidade da conduta que caracterizaria trabalho escravo. Foi assentado que tal condição não se limitaria à restrição de liberdade, podendo envolver uma série de circunstâncias. Nos autos, a partir do Relatório do Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho, os fatos indicariam “provável cenário desumano e degradante de trabalho e possível conduta abusiva por parte do recorrido (alojamentos precários, ausência de instalações sanitárias; não fornecimento de equipamento de proteção individual; falta de local adequado para refeições; falta de água potável, jornada de trabalho exaustiva, sistema de servidão por dívidas, retenção de salários, contratação de adolescente, etc.)”, possivelmente abarcados pelo crime do art. 149 do CP⁴⁵⁵.

Maus-tratos

Sobre o crime de maus-tratos previsto no art. 136 do CP⁴⁵⁶, vale menção a uma decisão que considerou que “o pátrio

poder autoriza a correção dos atos dos filhos pelos pais, contudo essa prerrogativa encontra limites no respeito à integridade física e mental dos menores, sendo o excesso tipificado como crime”, não tendo sido aceito, no caso, o deferimento de golpes com cinto em criança, “pois o legislador pátrio optou por proteger a vida e preservar a incolumidade dos menores, por meio da Constituição Federal (art. 227) e também por intermédio do Código Penal e de legislação extravagante (ECA)” (REsp 1.324.976⁴⁵⁷, 2013).

Tortura

Por fim, seguem algumas considerações sobre o crime de tortura, especialmente sobre o papel do Ministério Público em conduzir investigação e participar do processo penal. Em 2005, no HC 38.489⁴⁵⁸, pedia-se anulação do processo afirmando-se “que os Promotores, a um só tempo, investigaram, acusaram e foram testemunhas”. Contudo, a cronologia dos fatos mostrou que “os Curadores da Infância e da Juventude tiveram notícias de crime encaminhadas por um Juiz de Direito, realizaram visita de inspeção na entidade, promoveram diligências, e, posteriormente, encaminharam ao Órgão do Ministério Público com atribuição para propor a denúncia – Promotor de Justiça com atuação perante as Varas Criminais – os documentos que evidenciavam a ocorrência dos delitos” e que esse promotor não seria o mesmo que esteve presente na inspeção. Além disso,

o fato de os próprios Promotores terem ouvido as vítimas e, posteriormente, testemunhado em juízo não macula a prova. Conforme inteligência do art. 201, § 5º, do ECA, em sua atuação pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e adolescentes, prevista nos artigos 129, II, da Constituição Federal, e 201, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público pode: reduzir a termo as declarações de quem o procure

com denúncias que mereçam apuração; instaurar o procedimento adequado para apuração das denúncias, seja o inquérito civil, seja uma sindicância, seja um procedimento inominado; presidir o procedimento investigatório, nele efetuando requisições, diligências, perícias, exames, visitas ou vistorias; entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada e efetuar recomendações, visando à melhoria dos serviços examinados, fixando prazo razoável para sua adequação.



Convivência familiar (FIGURA 36)

O grande tema de convivência familiar concentra discussões importantes em relação aos direitos da criança e do adolescente⁴⁵⁹. São, ao todo, 1.340 decisões⁴⁶⁰ envolvendo questões como: prisão domiciliar, guarda, filiação, adoção, poder familiar, medida protetiva, extradição ou expulsão de estrangeiro, busca e apreensão de criança ou adolescente, visita a parente preso, salário-maternidade, licença-maternidade, medidas cautelares/liberdade, viagem de criança ou adolescente, licença ou transferência de serviço público, indulto e abandono.

Além do número total de decisões, é possível entender a dinâmica delas sobre cada assunto ao longo dos anos. É notório que as questões relativas à prisão domiciliar, praticamente inexistentes até 2014, tornaram-se centrais no quinquênio seguinte (FIGURA 37), elevando, inclusive, o número absoluto de decisões dentro do grande tema de convivência familiar.

Prisão domiciliar (FIGURA 38)

A maior parte das decisões do banco (738) relaciona-se com a prisão domiciliar de mães, pais e avós responsáveis por crianças de até 12 anos ou com deficiência. Ainda rela-

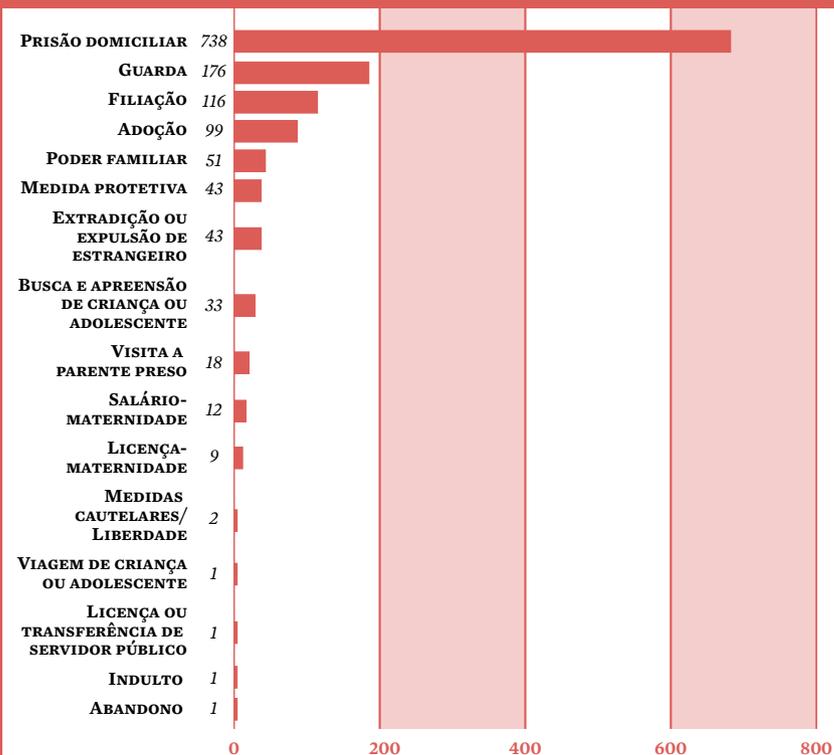


FIGURA 36. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema convivência familiar no STJ

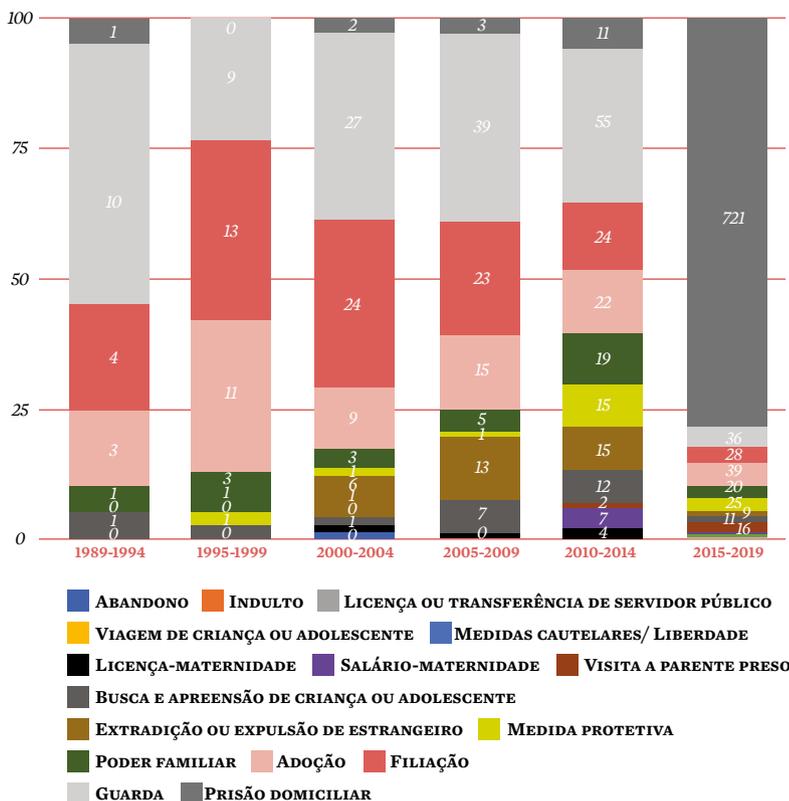


FIGURA 37. Proporção dos subtemas das decisões relacionadas ao tema convivência familiar, por quinquênio, no STJ. O eixo y mostra esses percentuais no total de decisões em cada intervalo temporal, o eixo x mostra os intervalos de tempo, e os rótulos numéricos mostram o número bruto de decisões em cada tema no intervalo temporal

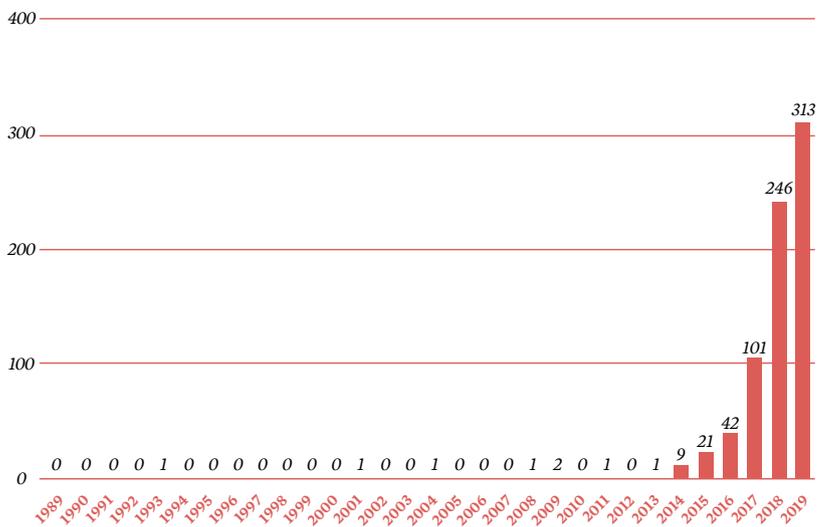


FIGURA 38. Distribuição das decisões sobre prisão domiciliar ao longo dos anos no STJ

cionados a essa mesma questão, existem casos que tratam de medidas cautelares/liberdade e indulto, pelo mesmo motivo (mais 3 decisões).

Interessante observar, desde logo, o crescimento temporal das decisões proferidas a respeito da questão, que tem relação com alterações legislativas e jurisprudenciais nos tribunais superiores. Desde o início dos anos 2000, algumas decisões esparsas tratavam do assunto, ora permitindo a conversão da prisão em outras medidas cautelares, ora proibindo-a. No HC 15.219⁴⁶¹, em 2001, foi entendido que havia “condições razoáveis” para mãe e filho recém-nascido, “posto ter-lhe [à mãe] sido assegurados os cuidados médicos necessários, permitida a entrada de sua irmã para eventual auxílio, recebendo o menor o devido acompanhamento do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente”. Já em 2008, no HC 101.067⁴⁶², a decisão se deu no sentido de assentar que “o alegado estado emocional debilitado de sua filha adolescente não constitui motivo suficiente, por si só, para gerar a revogação da prisão preventiva, notadamente quando se constata que a doença psicossomática seria preexistente à sua prisão”. Sentido diverso ocorreu, por exemplo, no HC 115.941⁴⁶³, em 2009, em que se entendeu pela impossibilidade de que presa provisória, condenada apenas em primeira instância, fosse encarcerada em comarca diversa da que vivia com o filho, em período de amamentação, sendo “possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84 [...] mostrando-se proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, já que não há estabelecimento adequado para estas circunstâncias na Comarca de Juazeiro”.

Em 2011 foram promovidas modificações no art. 318 do CPP pela Lei nº 12.403/2011, que passou a prescrever as seguintes hipóteses para substituição da prisão preventiva pela domiciliar:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Com a alteração no CPP, as decisões continuaram alternando entre a concessão da prisão domiciliar e sua não concessão. Em 2011, no HC 217.009⁴⁶⁴, foi convertida a prisão não em razão da saúde da mãe, mas “por razões humanitárias, pelo bem da criança que agora merece os cuidados da mãe, em situação mais favorável do que aquela apresentada na prisão”. Valendo-se dos arts. 227 da CF e 3º do ECA⁴⁶⁵ e sustentando que o Estado tem o dever de “cuidado, assistência e proteção às crianças”, o ministro ressaltou que

a paciente é mãe de um bebê recém-nascido, ainda lactente, que não deve ser submetido aos riscos para a sua saúde que a vida no cárcere representaria, exposto que ficaria a toda sorte de infecções e doenças, e ao ambiente úmido, escuro e insalubre das prisões, penoso até mesmo para um adulto em boas condições físicas, ou, ainda, que fosse tão prematuramente afastado do convívio com sua mãe, pois o infante sofreria violação de seus direitos mais fundamentais, assegurados constitucionalmente, dentre os quais o direito à vida, à integridade física e mental e à convivência familiar [...] É que, afastado do amor e carinho maternos, o infante estaria sendo penalizado em sua educação e desenvolvimento, pois é sabido que, especial-

mente em tenra idade, as crianças adquirem impressões sobre o certo e o errado, acostumam-se com o ambiente em sua volta e tomam-no como padrão.

No mesmo sentido, no HC 291.439⁴⁶⁶, em 2014, também ressaltou-se que a conversão em prisão domiciliar se daria “por razões humanitárias, em decorrência da doutrina da proteção integral à criança e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90”⁴⁶⁷. É de se notar, por outro lado, as decisões que afastavam esse entendimento, fosse pela existência de berçário no estabelecimento prisional (RHC 45.434⁴⁶⁸, 2014, e HC 322.617⁴⁶⁹, 2015), fosse pelo cometimento de crime de tráfico de drogas na própria casa para onde voltaria (RHC 45.434, 2014) ou ainda pela imprescindibilidade dos cuidados maternos, tendo em vista que a criança já se encontraria nos cuidados de outra pessoa (RHC 42.958⁴⁷⁰, 2014).

Em 2016, com o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), houve outra modificação no art. 318 do CPP, com a inclusão de novas hipóteses para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Depois de tal alteração, também houve decisões interpretando o novo dispositivo. No HC 355.229⁴⁷¹, em 2016,

por exemplo, ressaltou-se que tal alteração veio para “assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), dentre outros”. Mas destacou-se que quando a presença da mulher fosse imprescindível aos cuidados de filho com menos de 12 anos, o juiz deveria avaliar a possibilidade de converter a prisão preventiva em domiciliar. Em 2016, no julgamento do HC 356.668⁴⁷², também se ressaltou que a modificação está alinhada com a CF, ECA e tratados internacionais:

Há que se ressaltar a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90.

Contudo, na decisão sustentou-se que o *caput* do art. 318 do CPP utiliza o verbo “poderá”, não sendo então um “dever” do juiz a determinação da prisão domiciliar:

Semelhante interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alterna-

tiva, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema.⁴⁷³

A questão da imprescindibilidade aos cuidados das crianças chama atenção nas decisões, sendo um dos motivos principais para negação da determinação da prisão domiciliar, especialmente para os homens. Contudo, foi ressaltado, em algumas decisões, que essa não é uma justificativa razoável, conforme trecho do voto do ministro Nefi Cordeiro, relator do HC 422.235⁴⁷⁴, em 2017:

Nessa linha orientativa é que vieram as Regras de Bangkok, o principal marco normativo internacional de tratamento das mulheres presas, a orientar medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. No Brasil, o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) normatizou o diferenciado tratamento cautelar à gestante e à mulher com filhos até doze anos, ou pai (quando único responsável pela criança) – nova redação dada ao art. 318, IV, V e VI, do Código de Processo Penal. Na condição de gestante e de mãe de criança, nenhum requisito é legalmente exigido, afora a prova dessa condição. No caso do pai de criança, é exigida a prova de ser o único responsável pelos cuidados da criança. Assim, incorpora-se como novo critério geral a concessão da prisão domiciliar em proteção da gestação ou da criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação), cabendo ao magistrado justificar a excepcionalidade – situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional.⁴⁷⁵

Outro marco que impactou nas decisões sobre prisão domiciliar foi a concessão do *habeas corpus* coletivo 143.641⁴⁷⁶ (2018) pelo Supremo Tribunal Federal em benefício de todas as mulheres presas preventivamente que sejam grávidas, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos, conforme trabalhado com mais detalhes na parte dedicada ao STF. Considerando-se o banco de decisões desta pesquisa, o HC aparece mencionado em 383 decisões, sendo a primeira vez no HC 383.606⁴⁷⁷, julgado em 27 de fevereiro de 2018:

Aplicação do entendimento da Suprema Corte, no sentido de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo n. 186/2008 e Lei n. 13.146/2015), excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (HC n. 143.641/SP, julgado em 20/2/2018).

Por fim, e decorrente do impacto na decisão no HC 143.641, foi incluído o art. 318-A, ao CPP, pela Lei nº 13.769/2018:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

- I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa;
- II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Dentro desse assunto, ainda, algumas decisões trataram da possibilidade de conversão em prisão domiciliar de mães em cumprimento de pena definitiva. O art. 17, III, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) prevê que “somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de [...] condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental”. O entendimento construído pelo STJ, contudo, tem sido no sentido de que é possível excepcionalmente também a prisão domiciliar no caso de cumprimento de pena em regime diverso do aberto, a qualquer momento⁴⁷⁸. Nesse sentido, o HC 366.616⁴⁷⁹, de 2017:

6. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por questões humanitárias, admitem, excepcionalmente, a prisão domiciliar a condenados que estejam submetidos a pena em regime diverso do aberto, observadas as peculiaridades do caso concreto. *In casu*, a paciente estava grávida e, atualmente, a criança têm meses de vida (amamentação), além de ser mãe de mais duas crianças menores de 12 anos. O exame de seu pleito é, portanto, urgente.

7. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III

do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94.163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

Assim, os casos deverão ser avaliados a partir de suas particularidades, não sendo, portanto, a prisão domiciliar automática, podendo o magistrado, se considerar presente causa excepcional, permitir o cumprimento domiciliar da pena:

Os princípios da proteção integral à criança, da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor ensejam a concessão da prisão domiciliar como medida de cunho humanitário lastreada pelo disposto no art. 227 da Constituição Federal no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90.⁴⁸⁰

A jurisprudência recente, tanto do STF quanto do STJ, admite a concessão da prisão domiciliar mesmo a apenados em regime prisional diverso do aberto, desde que a realidade concreta, devidamente comprovada, assim o imponha. A subsunção nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 117 da LEP, para a concessão da prisão domiciliar, não é automática. Se faz necessária a comprovação da situação fática que exige a excepcionalidade.⁴⁸¹

O regime domiciliar durante a execução penal não é efeito automático da mera existência de filhos menores. A providência é casuística, em atenção aos princípios

da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, somente cabível quando haja evidente conflito entre direitos e garantias fundamentais, a impor ao intérprete da norma penal a necessária ponderação. Sem indicação ou comprovação mínima de situação de vulnerabilidade dos filhos menores e da imprescindibilidade da presença materna para sua integral proteção, não é possível conceder à agravante o regime fechado em domicílio.⁴⁸²

Como foi possível demonstrar, a conversão de prisão preventiva em domiciliar ganhou espaço nos últimos cinco anos, tornando-se uma questão bastante presente no STJ. Diante disso, também traz disputas a serem resolvidas por ele. Mesmo depois das modificações legislativas que foram positivando inclusive entendimentos jurisprudenciais, algumas questões permanecem. Como exemplo, sem querer esgotar o debate que a prisão domiciliar coloca, uma questão que tem negado a concessão mesmo depois dessas mudanças é quando a paciente está envolvida em crime de tráfico de drogas praticado na própria residência, como no RHC 106.377⁴⁸³, em 2019, em que foi negada a concessão considerando-se a prioridade absoluta da criança. Essa é uma questão relacionada à prisão domiciliar também presente no STF e que se mostra central, tendo em vista a porcentagem de mulheres presas pelo crime de tráfico de drogas e pela própria dinâmica dessa prática, muitas vezes cometida dentro da própria casa. Tal entendimento inviabilizaria muitos casos de convivência familiar nessas condições.

Visita a parente preso

Outro tópico importante dentro do grande tema de convivência familiar que envolve a situação de parentes privados

de liberdade é a possibilidade de visita a parentes presos, reunindo 18 decisões. Esses casos são relevantes porque a interpretação aplicada neles ponderou os direitos das crianças e dos adolescentes e os direitos das pessoas privadas de liberdade. Em decisão de 2014, no HC 276.951⁴⁸⁴, o tribunal decidiu que, apesar de o art. 41, X, da Lei de Execução Penal estabelecer como direito do preso “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” como necessário à ressocialização, a Constituição Federal estabelece que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser guiados pela proteção integral, conforme art. 227. Dessa maneira, foi destacado que

não se pode ignorar a precariedade dos estabelecimentos prisionais brasileiros, ambientes impróprios para pessoas em formação, cuja exposição pode resultar em prejuízos irreparáveis à sua formação psíquica e moral. Não obstante ser obrigação do Estado assegurar os meios para que o apenado possa receber visitas, o fato de o ambiente carcerário ser insalubre, precário e perigoso é suficiente para fundamentar o indeferimento do pedido formulado. Ademais, ressalte-se que o direito de visita não é absoluto ou ilimitado e deve ser ponderado diante das peculiaridades do caso em concreto, sope-sando-se se o direito do preso e a proteção integral do menor, máxime diante dos riscos do ingresso de qualquer pessoa em um estabelecimento prisional em dia de visitas, em virtude do insuficiente número de agentes e do grande número de pessoas, a fim de se resguardar a integridade física de crianças e adolescentes.

Assim, o que tem entendido o STJ é que o direito de visitação não é absoluto, não podendo se sobrepor aos direitos das crianças e dos adolescentes, “já que os estabelecimen-

tos prisionais são, por sua própria natureza, ambientes impróprios à formação psíquica e moral de crianças e adolescentes, cuja proteção integral tem base constitucional, nos termos do art. 227 da Constituição Federal (AgRg no REsp 1.702.274⁴⁸⁵, 2018).

Garantias à maternidade

O subtema de licença-maternidade concentra apenas nove decisões, subdivididas em casos que envolvem adoção, prorrogação do prazo e estabilidade, que podem ser vistas com mais detalhes no banco. Relacionada a essa questão, estão as decisões sobre salário-maternidade. São 12 decisões, sendo oito ligadas à comprovação da atividade rural pelo período de carência exigido, tendo inclusive se chegado ao entendimento de que “é considerado início razoável de prova material o documento que seja contemporâneo à época do suposto exercício de atividade profissional, como a certidão de nascimento da criança”. Mas destacam-se nesse grupo as decisões que envolvem concessão de salário-maternidade para adolescentes com menos de 16 anos, sendo quatro decisões envolvendo adolescentes indígenas.

A primeira decisão foi tomada em 2015, no REsp 1.440.024⁴⁸⁶. O questionamento estava em saber se uma adolescente indígena, que era trabalhadora rural em regime de economia familiar, poderia receber o benefício do salário-maternidade se não tivesse 16 anos completos, que seria a idade mínima de filiação à Previdência Social. Resaltou o STJ, então, que o objetivo da Previdência Social é a proteção social e, assim sendo,

não é admissível que o não preenchimento do requisito etário, por uma jovem impelida a trabalhar antes mesmo dos seus dezesseis anos, prejudique o acesso ao benefício previdenciário. Tal conduta desampararia não

só a adolescente, mas também o nascituro, que seria privado não apenas da proteção social, como do convívio familiar, já que sua mãe teria de voltar às lavouras após seu nascimento.

De fato, de acordo com o art. 7º, XXXIII, da CF⁴⁸⁷, é vedado o trabalho daqueles que têm menos de 14 anos e só é possível o trabalho daqueles que têm entre 14 e 16 anos na condição de aprendiz, buscando-se evitar a exploração desse grupo. Contudo, não é possível deixá-los em situação de maior vulnerabilidade com a negação do benefício. Desse modo, “comprovado o exercício de trabalho rural pela menor de 16 anos durante o período de carência do salário-maternidade (10 meses), é devida a concessão do benefício”. As outras decisões aplicaram tal entendimento, vide REsp 1.650.697⁴⁸⁸, em 2017, em que foi destacado que

as regras de proteção das crianças e adolescentes não podem ser utilizadas com o escopo de restringir direitos. Nos casos em que ocorreu, ainda que de forma indevida, a prestação do trabalho pela menor de 16 (dezesseis) anos, é preciso assegurar a essa criança ou adolescente, ainda que indígena, a proteção do sistema previdenciário, desde que preenchidos os requisitos exigidos na lei, devendo ser afastado o óbice etário.

Observa-se que, como será visto a seguir, essas decisões dialogam com aquelas classificadas no grande tema de trabalhista/previdenciário, não só pelo seu pano de fundo, mas também pela compreensão de que deve haver políticas que proibam o trabalho de crianças ou adolescentes, mas que se isso ocorrer de fato, que eles não fiquem desamparados. A regra que busca protegê-los não pode ter o efeito de prejudicá-los.

Guarda: melhor interesse da criança e do adolescente

As decisões que envolvem guarda de crianças e adolescentes acabam por abarcar muitas particularidades, mas algumas questões específicas sobre o assunto merecem atenção. Em termos de decisões voltadas à proteção das crianças e dos adolescentes, destaca-se a decisão de 2008 no REsp 916.350⁴⁸⁹, em que se ressaltou que o ECA trata da “proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal”. A partir disso, tem-se que:

- Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.
- Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem-estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família – tanto materna, quanto paterna.
- Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02.
- Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião

Relacionando-se a questão ao tópico presente dentro do grande tema de inclusão de dependente, existe a discussão sobre a concessão de guarda para os avós, diante da possibilidade de que isso se dê por motivos previdenciários, ou seja, a fim de que a criança ou adolescente passe a ser beneficiário por sua nova condição. Contudo, cada situação deve ser avaliada em seus termos, como ficou claro, por exemplo, em 2008, no REsp 993.458⁴⁹⁰. Tendo como bandeira o melhor interesse da criança e sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, o tribunal assentou a guarda para a avó, por ser a concretização de uma situação fática; por entender que dar “preferência a alguém pertencente ao grupo familiar – na hipótese a avó – para que seja preservada a identidade da criança bem como seu vínculo com os pais biológicos, significa resguardar ainda mais o interesse do menor, que poderá ser acompanhado de perto pelos genitores e ter a continuidade do afeto e a proximidade da avó materna, sua guardiã desde tenra idade, que sempre lhe destinou todos os cuidados, atenção, carinhos e provê sua assistência moral, educacional e material”; por não interferir o Poder Judiciário nessa relação que é pacífica; por entender, basicamente, que os “interesses da criança estarão melhor preservados com o exercício da guarda pela avó”.

Em 2009, no REsp 945.283⁴⁹¹, foi expressamente pontuado que não havia fim previdenciário no pedido de guarda e que, nesse caso, “o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança”. Não seria nem possível considerar os avós como “família substituta”, uma vez que “o que deve balizar o conceito de ‘família’ é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de

família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Entendimento dos requisitos para adoção

Questões relacionadas à adoção reúnem 99 decisões, mais diretamente. Destacam-se: consentimento ou destituição de poder familiar, vinculação ao cadastro de adotantes, adoção póstuma, adoção unilateral, adoção internacional, adoção por homossexuais e adoção de criança indígena.

Primeiro aspecto que merece destaque é o critério de consentimento ou destituição de poder familiar para que ocorra a adoção. Houve ampliação no entendimento do STJ, no sentido de afirmar que “para a adoção de menor que tenha pais biológicos no exercício do poder familiar, haverá a necessidade do consentimento de ambos, salvo se, por decisão judicial, forem destituídos desse poder, consoante a regra contida no art. 45 do ECA”, sendo admitida, excepcionalmente, dispensadas essas duas circunstâncias “quando for observada situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando”, como proferido no SEC 274⁴⁹², em 2012⁴⁹³.

Outro entendimento relevante do STJ é o de que o cadastro de adotantes não é absoluto, podendo ser relativizado na existência de vínculo afetivo, considerando o melhor interesse da criança. Tal foi a decisão em 2010, no REsp 1.172.067⁴⁹⁴, por exemplo: “a observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro”. Também outro exemplo,

de 2013, no HC 279.059⁴⁹⁵, de que “é verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança”.

Em relação à possibilidade de adoção de descendentes por ascendentes ou ainda considerando a diferença etária exigida para tanto, duas decisões destacam-se pela proposta de colocar o interesse das crianças na frente das formalidades legais. Em 2018, no REsp 1.635.649⁴⁹⁶, tratando de pedido de adoção feito por avós em face de criança que vivia com eles desde seu nascimento em razão da “impossibilidade psicológica da mãe biológica, vítima de agressão sexual”, foi ressaltado que:

o princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a preempriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada.

Desse modo, o art. 42, § 1º, do ECA⁴⁹⁷ deveria ser interpretado de acordo com o que estabelece o art. 6º⁴⁹⁸ do mesmo diploma⁴⁹⁹. Na segunda, em 2019, no REsp 1.785.754⁵⁰⁰, ressaltou-se que o art. 42, § 3º, do ECA, que estabelece a diferença de 16 anos entre adotante e adotado, “pode ser flexibilizado à luz do princípio da socioafetividade”, sendo relevante a “maturidade emocional para a assunção do poder familiar, a ser avaliada no caso concreto”.

No que diz respeito à possibilidade de adoção póstuma, entendimento firmado pelo STJ foi o de que, ainda

que não tenha havido manifestação expressa do adotante e ele venha a falecer no curso do processo, como exigido no art. 42, § 6º, do ECA⁵⁰¹, se “ficar demonstrado, de forma inequívoca, que, diante de longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento”, que a decisão “segue as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição” (AgInt no REsp 1.520.454⁵⁰², 2018). Em relação à possibilidade de adoção internacional, entendimento firmado foi o de que tal situação configura “medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país” (REsp 27.901⁵⁰³, 1997). Complementando-se essa conclusão, o exaurimento deve se dar não apenas considerando o cadastro de adotantes da comarca, mas também, se houver, dos estados.

Ação relevante trata da questão de adoção de criança indígena: o REsp 1.566.808⁵⁰⁴, em 2017. A decisão envolvia discussão sobre nulidade do processo que colocou criança indígena em família substituta por ausência de participação da Fundação Nacional do Índio (Funai). Ressaltando que, apesar da obrigatoriedade e da relevância da participação da Funai, conforme art. 28, § 6º, III, do ECA⁵⁰⁵ – que “visa justamente a garantir a proteção da criança e do jovem índio e de seu direito à cultura e à manutenção da convivência familiar, comunitária e étnica, tendo em vista que a colocação do menor indígena em família substituta não indígena deve ser considerada a última medida a ser adotada pelo Estado” –, a criança não pode ser excluída da adoção “fora desse contexto, pois o direito fundamental de pertencer a uma família sobrepõe-se ao de preservar a cultura, de maneira que, se a criança não conseguir colocação em família indígena, é inconcebível mantê-la em uma unidade de abrigo até sua maioridade, sobretudo existindo

pessoas não indígenas interessadas em sua adoção”. Em relação à Funai, sua ausência em tal processo deve ser verificada caso a caso e a nulidade assentada apenas se houver prejuízo à criança, o que não seria o caso da ação que, ao contrário, traria mais transtornos à criança se anulada, uma vez que ela já vivia com a família substituta havia mais de quatro anos.

Por fim, interessante observar algumas decisões que tratam da adoção por parte de homens ou mulheres homossexuais, sendo que um desses casos envolve cumulativamente a questão da adoção unilateral. Primeiro, em 2017, no REsp 1.525.714⁵⁰⁶, em que se assentou que “descabe a imposição de limite de idade para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva”, que para a inscrição no cadastro de adotantes deve apenas cumprir o disposto nos arts. 29 e 50, §§ 1º e 2º, do ECA⁵⁰⁷. A outra decisão, mais antiga, de 2012, no REsp 1.281.093⁵⁰⁸, chama atenção pela sua fundamentação. Tratando de pedido de adoção unilateral de criança “deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda”, foram ressaltados os seguintes itens: a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, conforme decisão na ADI 4.277⁵⁰⁹ no STF (2011) e, portanto, a igualdade para a adoção, respeitados os mesmos critérios legais; a explicação de que não existe “comprometimento” e “problemas” no “desenvolvimento psicossocial” das crianças adotadas por pessoas homossexuais; na verdade, considerando essa possibilidade, estaria garantido “de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos”.

Expulsão de estrangeiro com prole brasileira

Extradicação ou expulsão de estrangeiro cuja prole é brasileira está presente em 43 decisões. Precedente importante no STJ foi criado em 2004 no HC 31.449⁵¹⁰. O caso envolvia expulsão de nigeriano condenado por cometimento da infração prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/1976. Sustentou-se na decisão que o art. 75, II, b, da Lei nº 6.815/1980 (vigente na época), que estabelece que não será expulso estrangeiro que tenha filho que dependa economicamente dele, deveria ser interpretado em consonância com a Constituição Federal (arts. 227 e 229), com o ECA e com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁵¹¹. Somou-se a isso o entendimento de que a restrição então prevista no art. 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, que limita a impossibilidade de extradicação quando a adoção ou o reconhecimento de filho se dá depois do ato motivador, após a decisão tomada no HC 31.449, também deveria ser interpretada de acordo com a CF e o ECA, não se podendo imputar tal restrição temporal pautando-se pela “preservação do interesse não apenas econômico, mas, sobretudo, afetivo da criança” (HC 38.946⁵¹², 2005)⁵¹³.

Depois da revogação da Lei nº 6.815/1980 pela Lei nº 13.445/2017⁵¹⁴, novamente foi aplicado entendimento no sentido de manter extraditando no país, como no HC 420.022⁵¹⁵, em 2018:

O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente, em cujo rol se inscreve o direito à convivência familiar (art. 227 da CF), direciona, *in casu*, para solução que privilegie a permanência do genitor em território brasileiro, em harmonia, também, com a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA).

Algumas das decisões que se seguiram não aplicaram tal precedente, muitas vezes ainda vinculando a permanência à dependência econômica ou à falta de comprovação do vínculo (o que não poderia ser feito também pela via do *habeas corpus*).

Viagem de criança ou adolescente e conflitos familiares

Na perspectiva da convivência familiar, uma decisão relaciona-se com autorização para viagem de criança ou adolescente⁵¹⁶. Ela se deu em 2017, no REsp 1.550.166⁵¹⁷, caso envolvendo pedido de supressão de autorização paterna para viagem de mãe e filho ao seu país de origem, diante de contexto de violência doméstica. A decisão centrou-se na definição de competência da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, entendendo pela centralização de todas as circunstâncias envolvidas em uma situação de violência, a fim de “conferir as melhores condições cognitivas para deliberar sobre todas as situações jurídicas daí decorrentes, inclusive, eventualmente, a dos filhos menores do casal, com esteio, nesse caso, nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e demais regras protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente”:

É direito da criança e do adolescente desenvolver-se em um ambiente familiar saudável e de respeito mútuo de todos os seus integrantes. A não observância desse direito, em tese, a coloca em risco, se não físico, psicológico, apto a comprometer, sensivelmente, seu desenvolvimento. Eventual exposição da criança à situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infan-

te. No contexto de violência doméstica contra a mulher, é o juízo da correlata Vara Especializada que detém, inarredavelmente, os melhores subsídios cognitivos para preservar e garantir os prevalentes interesses da criança, em meio à relação conflituosa de seus pais.

Aspectos do poder familiar e medidas protetivas

Novamente considerando que a classificação foi feita a partir do aspecto central da demanda, apresentam-se aqui algumas considerações em conjunto sobre poder familiar, que se divide em destituição de poder familiar⁵¹⁸, descumprimento de dever familiar e exercício de poder familiar⁵¹⁹ e medida protetiva, especificada por sua vez em “família substituta”, acolhimento institucional, estudo psicossocial e vedação ao convívio.

Uma questão importante relaciona-se com o papel da Defensoria Pública e do Ministério Público nessas ações. Entendimento firmado pelo STJ foi o de que o MP, conforme art. 201, III e VIII, do ECA⁵²⁰, deve “promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes” e, havendo sua atuação, não é necessária a atuação no mesmo processo da Defensoria Pública como curadora especial, porque já estariam protegidos os interesses daqueles (REsp 1.177.636⁵²¹, 2011, e REsp 1.176.512⁵²², 2012). A Defensoria Pública deve atuar apenas como representante de crianças ou adolescentes quando estes forem partes no processo, conforme art. 9º, I, do CPC, não representando-os de maneira ampla em qualquer ação que envolva seus direitos, e deve ser nomeada quando os interesses das crianças ou dos adolescentes forem conflitantes com os de seus representantes legais, conforme art. 9º, I, do CPC e art. 142, parágrafo único, do ECA (REsp 1.177.636⁵²³, 2011, e AgRg no Ag 1.369.745⁵²⁴,

2012). Esse entendimento está consolidado no REsp 1.296.155⁵²⁵, de 2013⁵²⁶:

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 ao princípio da intervenção mínima previsto no art. 100, inc. VII, do ECA.

Em relação às circunstâncias que levaram à destituição do poder familiar, entendeu-se em 2003, no REsp 245.657⁵²⁷, que, apesar de o ECA buscar a manutenção de tal poder e a convivência familiar, “procede o pedido de destituição formulado pelo Ministério Público estadual quando revelados, nos autos, a ocorrência de maus-

tratos, o abandono e o injustificado descumprimento dos mais elementares deveres de sustento, guarda e educação da criança por seus pais”. Vale destacar, contudo, entendimento firmado em 2013 no HC 274.845⁵²⁸, ao tratar de possibilidade de acolhimento institucional no caso de adoção/guarda realizada de maneira irregular. Foi decidido que, embora a situação pudesse ser problemática, não houve prejuízo à criança, que na verdade estava sendo bastante satisfatória a ela, que estaria recebendo todos os cuidados necessários ao seu desenvolvimento físico e psíquico:

7. Não se descure que a higidez do processo de adoção é um dos objetivos primordiais a ser perseguido pelo Estado, no que toca à sua responsabilidade com o bem-estar de menores desamparados, tampouco que, na busca desse desiderato, a adoção deve respeitar rígido procedimento de controle e fiscalização estatal, com a observância, v.g., do Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos (CUIDA), o qual, aliás, pelos indícios probatórios disponíveis, teria sido vulnerado na busca de uma adoção *intuitu personae*.

[...]

9. Contudo, o fim legítimo não justifica o meio ilegítimo para sancionar aqueles que burlam as regras relativas à adoção, principalmente quando a decisão judicial implica evidente prejuízo psicológico para o objeto primário da proteção estatal para a hipótese: a própria criança.

Sobre as circunstâncias que podem levar ao acolhimento institucional, o entendimento aplicado tem sido de que “salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se

como o melhor interesse do infante” (AgRg na MC 18.329⁵²⁹, 2011). Há, contudo, uma consideração que vem sendo feita em algumas decisões de que, em casos de suspeita de adoção/guarda irregular, é possível que seja determinado o acolhimento quando não houve tempo para criação de laços com a família substituta e, desse modo, também não se dá margem à sua criação para posterior rompimento (HC 342.325⁵³⁰, 2016, e HC 439.885⁵³¹, 2018). O entendimento geral está sintetizado no HC 487.143⁵³², de 2019:

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), torna-se imperativa a observância do melhor interesse do menor, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica da menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

3. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios – tanto no âmbito da ação estatal quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade – deve ser, sempre e sempre, pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos,

notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

Busca e apreensão de criança ou adolescente: Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

No que se refere à busca e apreensão de criança ou adolescente, além dos casos cujas decisões centram-se na competência, elas, em grande parte, estão relacionadas à Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Nesse sentido, o destaque se dá para a decisão no REsp 1.239.777⁵³³, em 2012, em que se assentou a necessidade de prova pericial psicológica para a determinação ou não de retorno de criança ou adolescente ao país de origem, pois, embora a Convenção “apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem-estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa”.

Considerações sobre a filiação biológica e socioafetiva

Esta questão que contempla muitas decisões relaciona-se com a filiação, especialmente investigação e negatória de paternidade, paternidade e/ou maternidade socioafetiva e dupla paternidade. Um entendimento firmado nesse assunto foi a imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade, como, por exemplo, citado no REsp 158.086⁵³⁴, em 2000: “é imprescritível o direito do filho a buscar a paternidade real. Se há a prova da falsidade do registro, e se provada fica a paternidade reclamada, não é possível impor prazo para a anulação do registro, confir-

mada a falsidade”. Ou ainda, em 2004, no REsp 242.486⁵³⁵: “I - A decadência não atinge o direito do filho legítimo ou legitimado nem do filho natural de pleitear a investigação de paternidade e a anulação do registro, com base na falsidade deste. II - A regra que impõe ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento só é aplicável ao filho natural que visa a afastar a paternidade por mero ato de vontade, a fim de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem buscar constituir nova relação”⁵³⁶.

Outro aspecto decidido diz respeito às circunstâncias em que é possível exigir a negatória de paternidade. Em 2008, no REsp 932.692⁵³⁷, ressaltou-se que a “prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação”. Desse modo, a negatória só pode se dar quando existe vício de consentimento, além de que “a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os seres humanos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas; em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos dos relacionamentos amorosos ou puramente sexuais, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas ao interesse maior da criança”⁵³⁸.

Sobre as relações socioafetivas, o que se observa é que esse é um assunto em que foram promovidas mudanças de entendimento e que ainda abre espaço para muitas discussões. No que já foi decidido pelo STJ, no REsp 1.189.663⁵³⁹, em 2011, foi justamente ressaltada a novidade das interpretações sobre paternidade e maternidade socioafetivas, em relação às quais deveriam então ser aplicadas as disposições legais estabelecidas às filiações biológicas, tendo em vista a inexistência de leis específicas sobre. Assim, ali ficou decidido que: “a norma

princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão”.

A filiação socioafetiva e a filiação biológica também foram colocadas em disputa, inclusive se discutindo qual deveria prevalecer. Nesse sentido, o que decidiu o STJ foi que essa prevalência ocorre quando existe uma ação de negatória de paternidade ajuizada pelo pai que registrou, mas não quando o filho, que já conta com a paternidade socioafetiva, busca sua filiação biológica (muitos dos casos envolvendo, inclusive, “adoção à brasileira”). Posteriormente, em 2016, o STF firmou entendimento no RE 898.060 que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”⁵⁴⁰, o que também foi seguido em decisões como no AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1.607.056⁵⁴¹, em 2019. Outros exemplos:

2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de “erro ou falsidade” (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no

caso de “adoção à brasileira”, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.

[...]

4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.

5. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.⁵⁴³

A multiparentalidade, portanto, é uma questão que vem sendo decidida nos anos mais recentes, com entendimento ampliativo da possibilidade de filiação. Soma-se a essas questões já trazidas a reprodução assistida. Em 2019, no REsp 1.608.005⁵⁴⁴, a questão colocada era da “inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico”. O entendimento foi o de que, também seguindo o Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil, reprodução assistida e adoção não se assemelham em termos de rompimentos com os vínculos biológicos, sendo que a “reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito ‘ou outra origem’ do art. 1.593 do Código Civil”⁵⁴⁵.

Reunindo as interpretações trazidas sobre o tópico da filiação, destaca-se que grande parte das decisões traz como mote a questão do melhor interesse da criança, inclusive quando passa a decidir questões novas, tanto em termos legais quanto jurisprudenciais. Essa linha fica bem ilustrada no REsp 1.548.187⁵⁴⁶, em 2018:

3. O direito de família abrange a área mais especial e sensível do ser humano, merecendo suas demandas atenção extrema, visto que as controvérsias daí decorrentes podem gerar sequelas profundas ou danos emocionais irreparáveis, o que recomenda, em certos casos, que o julgamento da causa seja realizado sopesando as peculiaridades fáticas que lhe são próprias, sob pena de o Judiciário perpetuar uma situação que, não raras vezes, possa se distanciar do princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelos arts. 227 da Constituição Federal e 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual deve orientar a atuação tanto do legislador quanto do aplicador da norma jurídica.

4. Sob esse prisma, após anos de amadurecimento da discussão, a doutrina e a jurisprudência têm preconizado que a prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se debate, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho.

[...]

7. Os elementos fáticos do caso, portanto, revelam o surgimento de filiação por origens distintas, do qual emerge um modelo familiar diverso da concepção tra-

dicional, pela presença concomitante, tanto de vínculos estabelecidos por relação afetiva, quanto daqueles oriundos de ascendência biológica, e para cuja solução, vislumbrando o melhor interesse do menor, não se impõe a prevalência de um sobre o outro, mas o reconhecimento jurídico de ambos, seguindo a *ratio essendi* do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do REExt. n. 898.060/SC, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/8/2017, no qual foi fixada a tese – com repercussão geral – de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

Estrutura do sistema de justiça nos temas sobre convivência familiar

Uma questão que permeia os principais subtemas dentro de convivência familiar – excluindo os casos de prisão domiciliar, que receberam atenção à parte – é o juízo competente para julgamento. São 102 decisões com essa questão central, que perpassa discussões de abandono, adoção, busca e apreensão de criança ou adolescente, guarda, medida protetiva, poder familiar e viagem de criança ou adolescente. A questão foi colocada como central especialmente em relação à guarda (72 decisões), sendo a polêmica a definição de qual seria o foro competente quando houvesse disputa pela guarda da criança ou do adolescente, diante do disposto no art. 147, I, do ECA⁵⁴⁷. Nesse sentido, foi editada a Súmula 383/STJ: “a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”.

Embora esse seja o entendimento consolidado pelo STJ, algumas decisões abriram margem para interpretação di-

versa, tendo em vista principalmente o melhor interesse da criança⁵⁴⁸:

1. A competência para dirimir as questões referentes à guarda e situação de menor é, em princípio, do Juízo do foro do domicílio de quem já a exerce legalmente, nos termos do que dispõe o art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do enunciado da Súmula 383/STJ.
2. Em razão das peculiaridades do caso concreto, é recomendável solução diversa da preconizada pela Súmula 383/STJ, segundo a qual: “A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”.
3. Na hipótese, o reconhecimento da competência do Juízo do foro do domicílio de quem exerce a guarda provisória dificultaria a defesa dos avós da criança e poderia levar à perpetuação de situação de possível irregularidade na concessão da guarda provisória à suscitante, terceiro sem relação de parentesco com o menor. Isso poderá prejudicar sobremaneira o interesse da criança, que permaneceria alijada da convivência com seus avós maternos, pessoas de poucos recursos financeiros, que também pleiteiam judicialmente a guarda do infante.⁵⁴⁹

Um aspecto que também gerou entendimento a respeito da competência relaciona-se com a aplicação do art. 87 do CPC/73⁵⁵⁰ aos procedimentos de guarda. Isso porque a regra do CPC determinava que importava para fins de competência a situação no momento da proposição da ação, não sendo relevantes modificações posteriores. Contudo, o STJ chegou a decidir que o CPC tem aplicação subsidiária e que o art. 147, I, estabelece competência absoluta, devendo prevalecer⁵⁵¹.

Outra questão que perpassa os assuntos é a competência do Ministério Público. Em relação às questões envolvidas na guarda, até 2004 o entendimento que estava sendo aplicado era de que o MP não teria legitimidade para figurar como substituto processual e, assim, propor ação de alimentos em benefício de criança ou adolescente sob o pátrio poder (REsp 659.498⁵⁵², 2004). Contudo, destaca-se decisão de 2005, no REsp 510.969⁵⁵³, assentando-se que:

- É socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas.
- Dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do Ministério Público como substituto processual em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial.
- O tão-só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do atendimento de suas necessidades básicas. Recurso especial provido.

Foi fixado, então, no Tema Repetitivo 717, que “o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente. A legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca”. Posteriormente foi editada a Súmula 594/STJ: “o Ministério Público tem legitimidade

ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca”⁵⁵⁴.

A discussão sobre a competência do MP também apareceu de maneira relevante em casos de destituição do poder familiar. Em 2012, o REsp 1.308.666⁵⁵⁵ envolveu “pedido de estudo social” proposto pelo Ministério Público de Minas Gerais para o Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Patrocínio-MG diante de suspeita de abandono e maus-tratos de criança. Na decisão no recurso especial ressaltou-se que se estava a decidir ali se, apesar do art. 201, VI e VII, do ECA⁵⁵⁶, “impor ao Ministério Público que tenha profissionais capazes de realizar estudo psicossocial”, não havendo tal estrutura, seria possível requerer ao Juízo responsável tal medida.

O STJ considerou que “em vista do princípio da prioridade absoluta – que impõe ao Estado e, pois, ao Ministério Público o dever de tratar com prioridade a defesa dos direitos minoristas insculpidos no artigo 227 da Constituição Federal e 4º e 100, parágrafo único, II, do Estatuto da Criança e do adolescente – é inconcebível que a Promotoria de Justiça que cuida da matéria não esteja dotada da mínima estrutura indispensável” para essas atividades, até porque caso estivesse dotado desses instrumentos e profissionais, poderia realizá-las de maneira mais rápida. Contudo, diante do contexto dessa falta de estrutura “e estando em jogo direitos indisponíveis, fica clara a existência do binômio necessidade-utilidade da medida e a consequentemente inafastabilidade da prestação jurisdicional”.

Semelhante a essa discussão, ainda no que se refere à realização de estudos psicossociais, duas decisões tiveram

entendimento distinto. Em 2014, no REsp 1.295.020⁵⁵⁷, tinha-se a questão da possibilidade de que “o Núcleo de Perícias do Poder Judiciário Estadual realize estudo psicossocial, a requerimento do Ministério Público, para verificação de suposto abuso sexual praticado contra menor, como procedimento preparatório ao ajuizamento de ação para requerimento das medidas de proteção cabíveis”. Na decisão, entendeu-se que esse era um órgão ligado ao Tribunal de Justiça, não sendo possível que o MP pudesse valer-se dele “em procedimento de caráter meramente administrativo e preparatório, especialmente quando, de outro lado, tal providência acarreta evidente asoerbamento do serviço de apoio e, em consequência, o atraso irremediável na entrega da prestação jurisdicional nos processos em que dele se necessita”. Já em 2016, no REsp 1.318.386⁵⁵⁸, também sobre Núcleo de Perícias e Ministério Público, entendeu-se que, embora aquele deva atuar “sob a imediata subordinação da autoridade judiciária (art. 151 do ECA)”, entretanto, “nos locais onde inexistam outros órgãos de apoio dos quais o Ministério Público possa se valer para realização de estudos prévios sobre potencial situação de risco de menor, não é lícito ao Juiz indeferir seu pedido de estudo pelo Núcleo de Perícias, sob o único argumento de que a demanda possa prejudicar o andamento das ações judiciais [...] atribuir a solicitações da espécie o pejo de retardo das ações judiciais é encontrar solução simplista e descontextualizada de tudo o que realmente ocasiona acúmulo de demandas judiciais e, pior, deixar a descoberto das medidas previstas no ECA um menor que pode estar em potencial situação de risco”⁵⁵⁹.



O tema de políticas públicas reúne 410 decisões e debates relevantes em relação à prioridade absoluta. De maneira geral, essas decisões estão divididas em quatro grandes subtemas: controle administrativo⁵⁶⁰, destinação de recursos públicos, obrigações ao poder público e regulação⁵⁶¹. Contudo, conforme apresentado no banco, também podem ser reunidas, por exemplo, pela área de incidência da obrigação, da regulação ou da destinação de recursos, como saúde e educação⁵⁶².

É interessante destacar a progressão desses quatro subtemas no tempo. A partir da **FIGURA 40**, a seguir, o que se evidencia é o aumento, em relação ao total de decisões sobre políticas públicas proferidas no quinquênio, daquelas relativas às obrigações ao poder público, enquanto há uma diminuição das decisões sobre regulação. Relevante observar também que em relação a ambos os temas, o maior número absoluto de decisões foi proferido entre 2005 e 2009.

OBRIGAÇÕES AO PODER PÚBLICO (FIGURA 41)

No que tange às obrigações ao poder público, as 230 decisões estão subdivididas em: atendimento à criança ou adolescente (22 decisões), benefício assistencial (3 decisões), educação (81 decisões), eventos (1 decisão), moradia (4 decisões), saúde (96 decisões) e sistema socioeducativo (23 decisões).

Saúde: fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos

Começando com o assunto que concentra mais decisões, saúde, as questões envolvem, especificamente, fornecimento de medicamento, tratamento ou alimento especial. São 96 decisões ao todo, sendo 56 relacionadas diretamente com a discussão sobre competência do Ministério Público. Nesse caso, a divergência que se coloca, assim como

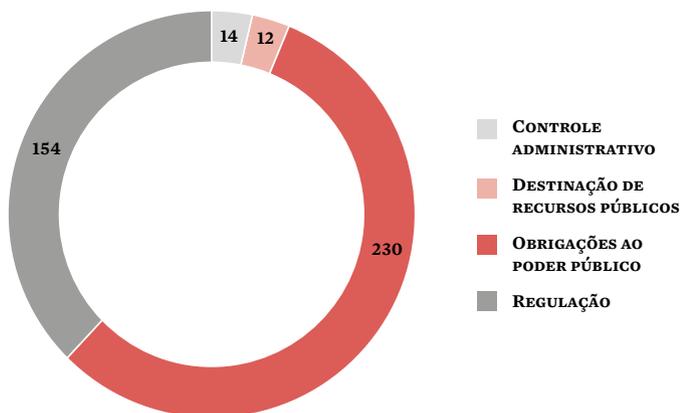


FIGURA 39. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no STJ

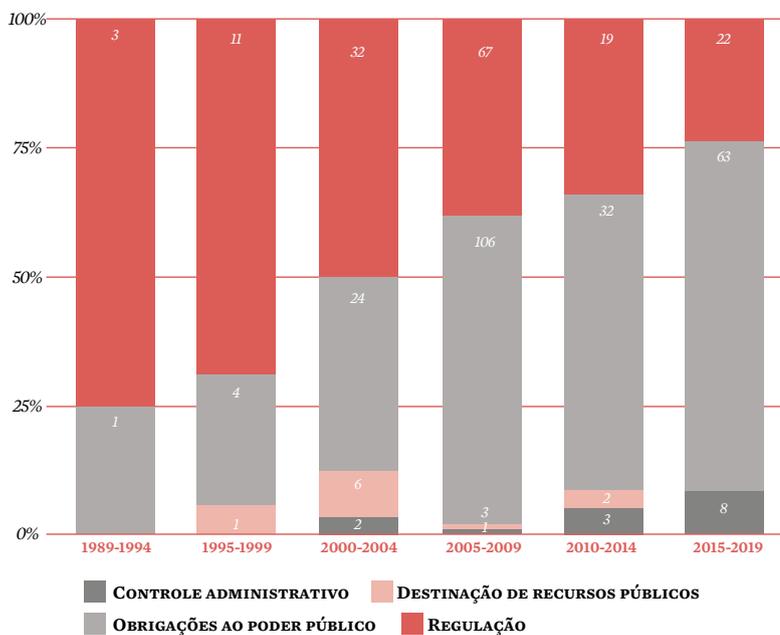


FIGURA 40. Proporção dos subtemas das decisões relacionadas ao tema políticas públicas, por quinquênio, no STJ. O eixo y mostra esses percentuais no total de decisões em cada intervalo temporal, o eixo x mostra os intervalos de tempo, e os rótulos numéricos mostram o número bruto de decisões em cada tema no intervalo temporal

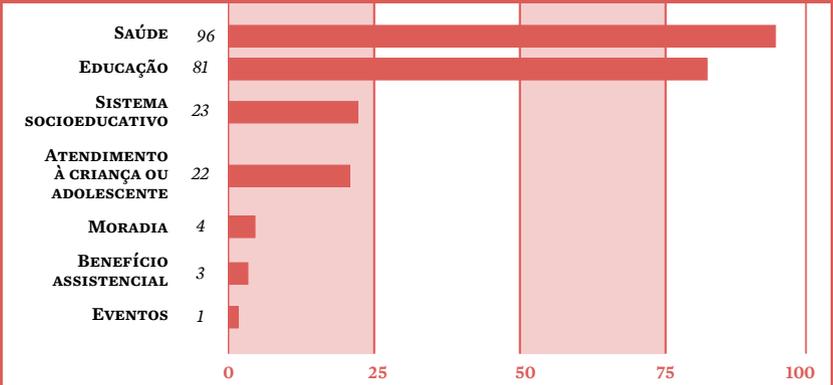


FIGURA 41. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no subtema obrigações ao poder público no STJ

também será visto em relação à educação, é se é ou não legítimo o MP atuar em benefício de uma única criança ou um único adolescente ou se é só um substituto processual da sociedade, devendo defender interesses de um coletivo apenas. Até determinado momento havia divergência de entendimento em relação à Primeira e à Segunda Turma do STJ. De um lado, a Segunda Turma, como ressaltado no REsp 682.823⁵⁶³, em 2005, e também em outros julgados, entendia que o Ministério Público atuaria na ação civil pública como “substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Estado de terem assistência médico-hospitalar”, sendo que se configura sua ilegitimidade quando escolhe apenas uma criança ou adolescente para proteger.

De outro, a Primeira Turma já vinha adotando entendimento pela legitimidade do MP nessas circunstâncias, mas foi em 2005 que importante decisão foi tomada, no REsp 681.012⁵⁶⁴, posteriormente também aplicada pela Segunda Turma⁵⁶⁵. Nessa decisão, entendeu-se primeiro que, embora a questão parecesse ser constitucional, valendo-se do art. 227 da CF e da absoluta prioridade em relação ao direito à saúde, existia previsão nos arts. 7º⁵⁶⁶ e 11⁵⁶⁷ do ECA. Depois, passando a tratar da legitimidade do MP, reconhecendo precedentes do tribunal em sentido diverso, entendeu que o art. 127 da CF⁵⁶⁸ previu que se tratava de competência do MP defender interesses “individuais indisponíveis”, sendo a saúde um desses direitos, que, por sua vez, deveria ser assegurado à criança pela família, pela sociedade e pelo Estado, com prioridade absoluta.

Além da questão envolvendo a legitimidade do MP, outras discussões mais processuais chamam atenção. Em relação ao poder de cautela, foi assentado que esta é importante para garantir a eficácia da jurisdicional. Havendo *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, em casos envolvendo pedidos cautelares cuja situação de fundo envolve saúde

de crianças e adolescentes, não há ilegalidade na determinação de que a Administração Pública passe a prover ou continue provendo tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico, como ressaltado em 2002 no REsp 442.693⁵⁶⁹:

O art. 7º, c/c os arts. 98, I, e 101, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dão plena eficácia ao direito consagrado na Constituição Federal (arts. 196 e 227), a inibir a omissão do ente público (União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida verificada no caso dos autos se impõe de maneira imediata, em vista da urgência e consequências que possam acarretar sua não realização.

A legitimidade passiva também foi ponto de decisão pelo tribunal. O entendimento firmado pelo STJ, conforme trazido, por exemplo, em 2013 no AgRg no REsp 1.330.012⁵⁷⁰, é o de que o Sistema Único de Saúde (SUS) “é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos”⁵⁷¹. Algumas decisões ainda tratam do juízo competente, sendo afirmado que, conforme arts. 98, I⁵⁷², 148, IV⁵⁷³, 208, VII⁵⁷⁴, e 209⁵⁷⁵ do ECA, existe “competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude a apreciação das controvérsias fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente” (REsp 1.486.219⁵⁷⁶, 2014, EDcl no AREsp 24.798⁵⁷⁷, 2012, e REsp 437.279⁵⁷⁸, 2004)⁵⁷⁹.

Considerando de forma mais específica como o STJ tem se posicionado sobre o assunto, a decisão de destaque é o REsp 577.836⁵⁸⁰, cuja decisão foi proferida em 2004 e será

detalhada em seção especial deste relatório. Mas sumariando a questão também neste momento, tratava-se de ação civil pública tendo como beneficiários crianças e adolescentes que estariam sendo atendidos de maneira “irregular e deficiente em hospital infantil”. Ressaltando-se a prioridade absoluta, a existência de dever do Estado e do direito subjetivo da criança e os meios de concretizá-lo por uma ação adequada, destacou a decisão que determinação do Poder Judiciário não configuraria ingerência, uma vez que “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente”. Ainda: “direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana”.

Soma-se a essa outras considerações importantes sobre os fundamentos para determinação da concessão de medicamento e sua execução. Primeiramente, duas decisões de 2007 merecem destaque porque tratam da possibilidade de bloqueio de verbas públicas diante de não cumprimento de fornecimento de medicamento pelo Estado. No REsp 900.487581, foi ressaltado que tal decisão judicial “não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade”, sendo que o bloqueio poderia ser feito conforme art. 461, § 5º, do CPC/73582. Já no REsp 869.843583, destacou-se que:

12. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e

a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

13. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

14. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

15. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis [à] proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

Foi aplicado aos casos também entendimento firmado no Tema Repetitivo 84, no REsp 1.069.810⁵⁸⁴: “tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores

do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”.

Nesse sentido, destacam-se aqui mais três decisões sobre o assunto, que colocam a prioridade absoluta como aspecto decisivo do entendimento. A primeira delas se deu no AgRg no REsp 1.330.012⁵⁸⁵, em 2013, cujo agravo questionava decisão que havia negado seguimento ao recurso especial, que, além de assentar pela responsabilidade solidária dos entes federados, como já foi anteriormente citado, ressaltou que:

Tendo em conta o diferencial, na espécie, de que o beneficiário da prestação se trata de criança, não há dúvida de que o atendimento da sua pretensão à obtenção de remédio, como bem acentuado no acórdão combatido, deve-se à primazia que decorre da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, positivados no art. 227 da Constituição Federal e, especificamente no tocante à saúde, nos arts. 11 e seguintes do ECA e, ainda, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial nº 99.710/1990.

Foi aplicada na decisão também entendimento firmado no Tema Repetitivo 84 do STJ.

A segunda se deu em 2015, no AgRg no REsp 1.104.353⁵⁸⁶, cujo agravo questionava a decisão que deu procedência ao recurso especial. A argumentação estava baseada na impossibilidade de a decisão ter revisto o conjunto fático-probatório, conforme dispõem as Súmulas 7 e 211/STJ, ter tratado de questões constitucionais e ainda alegado a ilegitimidade passiva do Estado para figurar na ação, uma vez que a matéria (no caso relativa à saúde bucal) seria de competência municipal e problemas orçamentários. Afastando essas alegações, na decisão assentou-se que ques-

tões processuais e orçamentárias como as suscitadas não eram aplicadas no caso, visto que:

A postulante, como dito, era menor à época do ajuizamento da ação, cujo interesse encontra-se normativamente respaldado na Constituição Federal (arts. 196 e 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 11 e seguintes), convergindo, nesse mesmo sentido, o art. 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), diploma ratificado pelo governo brasileiro por intermédio do Decreto Presidencial nº 99.710/90. Em tal cenário, desponta a prevalência da proteção integral dos direitos da infância e da adolescência, em regime de prioridade absoluta, notadamente em relação à efetivação de seus direitos fundamentais, dentre eles o acesso aos meios asseguradores da saúde.

No mesmo sentido, e valendo deste último argumento, deu-se a decisão no AgRg no REsp 1.068.105⁵⁸⁷, em 2016. Complementando-se, ainda, somava-se ao questionamento feito pelo estado do Rio Grande do Sul que o medicamento estaria fora da lista do SUS, inviabilizando o pedido. Sobre isso, na decisão assentou-se que “o fato de não constar da lista de medicamentos fornecidos pelo SUS, de modo algum se pode afirmar que tal detalhe retiraria o direito de receber a medicação do poder público, que encontra denso e relevante lastro jurídico na Constituição, no ECA e na mencionada Convenção Internacional”⁵⁸⁸.

O fornecimento de remédios sem registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) também foi alvo de decisões. Valendo-se de argumento semelhante ao trazido no AgRg no REsp 1.330.012⁵⁸⁹, em 2013, e apesar de o medicamento ser comercializado apenas no exterior, assentou-se na decisão no AgRg no AgRg no AREsp 685.750, em 2015⁵⁹⁰, que se devem levar em conta “afirmações da

médica-perita da Defensoria Pública da União, quando afiança o reconhecimento da eficácia do aludido remédio na literatura especializada, além de historiar que todos os tratamentos disponibilizados pela rede pública e já ministrados à criança mostraram-se ineficazes no combate às repetidas convulsões por ela sofridas em decorrência da Síndrome de Dravet⁵⁹¹. Já no AgRg no REsp 1.502.239⁵⁹², em 2016, o que se assentou foi que o “art. 19-T da Lei n. 8.080/90 – que veda, no âmbito das esferas do SUS, a aquisição de medicamentos sem registro na Anvisa – apesar de ser a regra a ser seguida na grande maioria dos casos, não pode ser interpretada de maneira isolada, a indicar uma restrição de caráter absoluto”, valendo-se de interpretação que leve em conta a legislação protetiva à criança e ao adolescente – art. 11 do ECA e do art. 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/1989) –, “os quais lhe asseguram não apenas proteção prioritária e integral, mas o próprio direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à sua recuperação”.

Esses elementos foram trazidos na decisão em que o tribunal assentou que diante da gravidade da doença, inexistência de tratamento no SUS e “o fato de os medicamentos serem amplamente aprovados por agências reguladoras estrangeiras e pela comunidade científica internacional, além de sua comprovada eficácia em cerca de 90% dos casos”, não poderia ser a criança prejudicada pela burocracia estatal. Assim, tem-se decidido que é possível, excepcionalmente, a concessão de medicamento não registrado na Anvisa quando recomendado por médico e inexistente tratamento já disponível que possa supri-lo, em virtude da proteção integral e da prioridade absoluta⁵⁹³.

Educação: vagas em creche e inclusão no ensino

No que toca ao assunto de educação, 81 decisões no STJ

tratam do assunto, sendo 65 delas a respeito de litígios que envolvem vagas em creches ou escolas, tanto casos individuais (determinação de matrícula de uma ou poucas crianças) quanto questões coletivas (provimento pelo município de escolas, atendimento da fila de espera de creches), além do direito de ter atendida vaga em escola ou creche perto da residência.

Dentro desse assunto, também uma das discussões envolve a legitimidade do Ministério Público em propor ações nesse sentido tanto para um grupo de crianças (por exemplo, todas as crianças de um determinado município) quanto para casos individuais, atuando como substituto processual. A atuação em casos individuais é o ponto de divergência, havendo decisões opostas, ora entendendo, conforme art. 201 do ECA, a legitimidade do MP em benefício de crianças individualizadas, ora entendendo que sua atuação é como substituto processual da sociedade, não podendo atuar de maneira personalizada.

Ilustrando essa disputa, uma primeira decisão, em 2000, no REsp 212.961⁵⁹⁴, assegurou a legitimidade do MP para propor ação em benefício de uma criança, conforme dispõe o art. 201 do ECA, entendendo ser este também um dever da instituição. E também no REsp 503.028⁵⁹⁵, em 2004, cujo pedido era de matrícula de duas crianças, em que se sustentou que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação quando prioriza o ensino fundamental não desconsidera a educação infantil, sendo então papel do Ministério Público que ela seja incorporada ao planejamento municipal. Ainda nesse sentido, a decisão no REsp 718.203⁵⁹⁶, em 2005⁵⁹⁷, se destacou que a

Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua

finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

Contudo, um grupo de decisões ainda entendeu em sentido distinto, vide decisão de 2003, no REsp 485.969⁵⁹⁸. Nesse caso, o pleito também era por vaga a uma criança em escola pública ou, se não houvesse tal vaga, que fosse garantida matrícula em escola particular. Porém, o entendimento foi o de que o MP atua como substituto processual da sociedade e está “legitimado a defender os interesses transindividuais, sem vinculação a qualquer das partes, diferentemente do que ocorre quando intervém em razão de interesse público ligado a condições especiais de uma pessoa”, que se dá apenas em casos específicos. Em 2009, no REsp 933.002⁵⁹⁹, também foi assentada a legitimidade do MP para propor ação civil pública com o objetivo de impedir a extinção do curso noturno no Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão. Mas a consideração foi a de que tal ação interessava ao grupo de alunos e alunas já matriculados no curso e àqueles que futuramente poderiam se beneficiar dele, de modo a se poder considerar o interesse como coletivo e, assim, a competência do MP.

Em termos de conteúdo, além das questões já trazidas no REsp 503.028⁶⁰⁰, em 2004, como mencionado, decisão-chave se deu no REsp 575.280⁶⁰¹, também em 2004⁶⁰². A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o pedido de que o município de Santo André fosse obrigado a criar e manter creches para crianças com menos de 6 anos, sendo este um dever do ente e “um direito, líquido e certo, de toda criança brasi-

leira na faixa de 0 a 6 anos de idade”. Dando provimento ao recurso, entendeu o STJ que o acesso à creche é um direito constitucionalmente garantido e reproduzido pelo art. 54, do ECA, sendo um dever do Estado e um direito subjetivo da criança. Desse modo, “a determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente”. Haveria afronta aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana a colocação de crianças em listas de espera para vagas em creches, tendo o Estado meios materiais para concretizar esse direito. No mesmo sentido, deu-se decisão em 2005, no REsp 718.203⁶⁰³, também decorrente de ação civil pública com o pedido de que o município de Santo André matriculasse criança de 3 anos em creche.

Outra decisão interessante se deu em 2010, no REsp 1.185.474⁶⁰⁴. Também envolvendo pedido de garantia de creche para crianças de 0 a 6 anos, a decisão esteve mais centrada na “reserva do possível”. Segundo sustentado, essa questão é relevante, mas torna-se problemática quando impede a concretização de direitos fundamentais, que justamente dependem da atividade prestacional do Estado. Por isso, seria necessário entender em que circunstâncias a reserva do possível poderia ser alegada. Sua utilização estaria ligada à ideia de escassez, que, por sua vez, acaba por gerar desigualdades, tendo em vista que nem todos terão acesso ao mesmo bem. Contudo, “aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador”, não podendo ser a “reserva do possível” oposta ao “mínimo existencial”⁶⁰⁵ – conceito este que estaria

ligado a questões para além da sobrevivência física, mas também “condição sociocultural”. Desse modo, educação não seria apenas importante, mas deveria ser tratada com prioridade absoluta, conforme art. 227 da CF, sendo impossível que a “reserva do possível” fosse alegada para não concretização do direito constitucionalmente assegurado à educação, sendo este um “mínimo existencial”. Por fim, ainda foi ressaltado que não teria havido no caso demonstração de que o orçamento do município não seria capaz de atender à demanda⁶⁰⁶.

Destacam-se aqui duas especificidades em relação à garantia de vagas. Uma de que tal garantia não se dava ao ensino em período integral, disposto em 2019 no RMS 59.964⁶⁰⁷: “as Leis 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases) e 8.069/1990 (ECA) não preveem a obrigatoriedade do fornecimento da vaga em período integral”. Cita como precedente decisão do STF no ARE 677.008⁶⁰⁸. Outra, que ela fosse próxima à residência, hipótese prevista no art. 53, V, do ECA⁶⁰⁹. Em 2010, na decisão no REsp 1.175.445⁶¹⁰, assentou-se que tal regra era uma possibilidade, e não uma imposição, devendo ser a opção mais benéfica aos alunos, evitando “deslocamento de longas distâncias para acesso à educação pública e gratuita”. No mesmo ano, no REsp 1.178.854⁶¹¹, afirmou-se que “o direito de acesso a ensino próximo à residência do estudante cede quando confrontado com o direito ao bom desenvolvimento físico e psicológico do menor e a sua manutenção na escola, conforme disposto no *caput* e no inciso I do art. 53 do ECA”⁶¹².

Ainda no que se refere à educação, duas decisões são importantes. A primeira delas se deu no REsp 1.199.587⁶¹³, em 2010, em que se assentou pela competência da Vara da Infância e da Juventude para tratar de ação que pedia matrícula em exame supletivo para aquisição de certificado de conclusão do ensino médio. Essa decisão se deu a partir da perspectiva de que a “Constituição Federal alterou o ante-

rior Sistema de Situação de Risco então vigente, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, protegidos atualmente pelo Sistema de Proteção Integral”, norteado pela prioridade absoluta e o melhor interesse da criança. A demanda em questão seria individual, mas “de expressão para a coletividade, pois vinculado ao direito fundamental à educação (art. 227, *caput*, da CF), que materializa, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana” e, por isso, não poderia afastar a vara que tem a competência para tratar de assuntos relacionados aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A segunda, no AgRg no REsp 1.207.683⁶¹⁴, em 2015, tendo como pano de fundo o pedido de “atendimento especializado com fonoaudiólogo habilitado em libras” para adolescente “portador de perda auditiva neurosensorial profunda”. Na decisão, afirmou-se que o “direito à efetiva educação deve sobrepor-se a eventual embaraço orçamentário apregoado pelo Estado, mesmo quando em causa o direito de uma única criança”, despontando “a prevalência da proteção integral dos direitos da infância e da adolescência, em regime de prioridade absoluta, notadamente em relação à efetivação de seus direitos fundamentais, dentre eles o acesso aos meios asseguradores da educação”.

Sistema socioeducativo: unidades de internação e penalização de dirigentes

Dentro do núcleo de obrigações ao poder público, ainda se concentram discussões sobre o sistema socioeducativo. Essas discussões estão intimamente ligadas com o tópico de ato infracional, mas são decisões que não envolvem a apuração de atos específicos ou aplicação de medidas socioeducativas, mas o alcance das medidas judiciais em relação às políticas públicas no âmbito do sistema socioeducativo, especialmente em relação às unidades de internação.

A maior parte das decisões trata de unidades socioeducativas, especificamente construção de novas unidades e questionamento da condição das já existentes. A primeira decisão sobre o assunto é de 1996, no REsp 63.128⁶¹⁵. Nessa ocasião, o pleito era de construção de um centro de recuperação e triagem, valendo-se do argumento da prioridade de com que deveria ser tratado o assunto, conforme art. 4º do ECA. A decisão do STJ, contudo, foi de não conhecer o recurso por impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que “as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o centro”, sendo configurada, decisão em contrário, como “intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada”.

Já em 2005, contudo, decisão distinta foi tomada no REsp 630.765⁶¹⁶, que teve início com uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo para que a Febem (SP) criasse, instalasse e colocasse em funcionamento programa socioeducativo de semiliberdade em 90 dias, diante do disposto no art. 90, VI, do ECA⁶¹⁷. A sentença extinguiu o processo sem resolução de mérito por entender pela impossibilidade jurídica do pedido. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça e assegurada pelo STJ, que entendeu que existia sim possibilidade jurídica do pedido, uma vez que não é vedado pelo ordenamento jurídico e busca “assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto”, sendo a “causa de pedir consubstanciada na inobservância, pela FEBEM/SP, da política básica de atendimento dos direitos da criança e do adolescente estabelecida pelo ECA, frustrando a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988”.

Em sentido semelhante se deram as decisões em relação à condição das unidades existentes. Em 2007, no

AgRg nos EDcl na SLS 346⁶¹⁸, o estado do Espírito Santo questionava o indeferimento de suspensão de liminar em face de decisão que determinou que o estado promovesse reforma nas unidades da Penitenciária Regional de Colatina (PRCOL), onde eram internados os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa – “instalações adequadas, com sanitários, lavatórios, colchões para dormir, instalação elétrica segura” – sob pena de multa. O questionamento do estado de que essa determinação provocaria lesão à ordem e à economia públicas foi afastado pelo STJ, por entender que, além de não ter sido demonstrado o real prejuízo ao orçamento público, esta não seria uma interferência indevida do Judiciário no Executivo, pois já havia contratação realizada pela administração para essa reforma e, mesmo se assim não fosse, estaria apenas buscando sanar a omissão executiva em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes.

No mesmo ano, decisão no AgRg na SLS 753⁶¹⁹ confirmou a “necessidade de transferência dos adolescentes para outras unidades, a fim de resguardar os seus direitos individuais e respeitar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” diante da precariedade da unidade. Também no AgRg no RMS 41.445⁶²⁰, em 2014, foi confirmada a decisão de “interdição parcial da Cadeia Pública de Nioaque/MS e a vedação à internação de adolescentes no local”, não apenas pelas péssimas condições, como superlotação, mas também por afronta ao art. 123 do ECA, que determina que a “internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração”.

Duas outras decisões, proferidas em um intervalo amplo de tempo, sinalizam um entendimento interessante sobre a quem compete satisfazer as exigências para concretização dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Em 2002, no AgRg na MC 4.829⁶²¹, ainda que com viés mais voltado à questão financeira, o tribunal entendeu que o município não seria o único responsável pela providência de estabelecimento adequado para internação de adolescentes, sendo atribuição do Conselho Tutelar “o assessoramento do Poder Executivo local na elaboração de proposta orçamentária ‘para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente’ (art. 136, IX)”. Já em 2017, no AgInt no REsp 1.614.192⁶²², em que o estado do Acre questionava sua legitimidade passiva na responsabilidade na execução de medidas socioeducativas, a decisão do tribunal, dessa vez mencionando o art. 227 da CF, foi de confirmar que “é dever do respectivo ente federativo o cumprimento das providências reclamadas na demanda, especialmente porque a pretensão abrange a tutela de direitos da criança e do adolescente”. No caso em questão, o estado questionava sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda ao lado do Instituto Socioeducativo do estado do Acre, que, segundo alegação, seria “entidade integrante da Administração Pública Indireta, com personalidade jurídica própria (autarquia)”, não havendo subordinação do instituto ao estado e “inexistindo responsabilidade subsidiária deste último”.

Ainda dentro do escopo de determinações do Poder Judiciário ao Executivo, destaca-se decisão mais recente no REsp 1.612.931⁶²³, de 2017⁶²⁴, a partir de ação civil pública com o objetivo de “obrigar o Estado de Mato Grosso do Sul a implantar plantão de 24 horas na Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude-DEAIJ na cidade de Campo Grande/MS, a fim de que todo menor apreendido em flagrante seja conduzido a ambiente próprio, constituído para a proteção de sua integridade, ante a alegação de indevida colocação de jovens em ambiente carcerário destinado a imputáveis, de maior idade”. En-

tendendo que a interferência nos atos da Administração Pública deve ser cautelosa, não podendo se valer de discordâncias morais ou dos fundamentos utilizados, mas analisando o fato a partir do art. 227 da CF, do ECA e das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), o tribunal concluiu que

não se está diante de uma escolha inaceitável do Estado sob os aspectos moral e ético, mas de inquestionável preterição de uma prioridade imposta pela Constituição Federal de 1988, e de uma conduta contrária à lei, nacional e internacional, constituindo hipótese legalmente aceita de intervenção do Poder Judiciário nos atos da Administração Pública praticados com suporte no poder discricionário.

Outra questão interessante decidida pelo STJ diz respeito à penalização dos dirigentes das unidades socioeducativas. A primeira decisão sobre o assunto se deu no REsp 489.522⁶²⁵, em 2003, em que se assentou que a “pena deve dirigir-se contra os responsáveis pela entidade, a fim de preservar os destinatários da norma: a criança e o adolescente”, referindo-se aos arts. 97⁶²⁶ e 193, § 4º, do ECA⁶²⁷. O caso em questão envolvia processo administrativo para apuração de infrações ocorridas na Febem, por conta de superlotação na Unidade de Atendimento Inicial (UAI). Em primeira instância foi advertida a instituição, sendo designado o prazo de 180 dias “para que fossem implementadas as providências administrativas necessárias para assegurar aos adolescentes a possibilidade de cumprimento das medidas socioeducativas de internação em unidades adequadas e distintas daquelas utilizadas para a triagem inicial e para a internação provisória”, medida que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça. Contra tal decisão foi in-

terposto o recurso com a argumentação de que a medida de advertência só poderia ser aplicada a dirigentes ou programas específicos, e não à instituição. Assim, o entendimento do STJ foi o de que multa e advertência não devem ser dirigidas à pessoa jurídica, a fim de não prejudicar o atendimento pelos seus usuários⁶²⁸.

Dentro desse mesmo assunto, merece destaque entendimento firmado no REsp 776.549⁶²⁹, em 2007, em que se assentou a legitimidade do Ministério Público para “propositura de ação civil pública, objetivando a responsabilização de ex-dirigentes de fundação de direito privado, instituída para a execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes”. Havendo inconsistências na administração da fundação, cabe ao MP, conforme arts. 7º, 95, 200 e 201 do ECA atuar para garantir o cumprimento de suas finalidades.

Tendo como pano de fundo as irregularidades de unidades socioeducativas, destacam-se duas decisões, de cunho mais processual. A primeira, no REsp 1.653.359⁶³⁰, em 2017⁶³¹, tratou do poder de cautela em procedimento administrativo para apuração de irregularidades. O STJ entendeu que seria possível fixação de prazo para remoção de irregularidades, diante do art. 193, § 3º, do ECA⁶³². O entendimento foi o de que as irregularidades configuradas na unidade de internação – esgoto entupido, acúmulo de lixo, presença de ratos, necessidades de reparos e superlotação – afrontam a saúde e a dignidade “de crianças e adolescentes sob a custódia de entidade governamental, assegurada a proteção integral e prioritária por parte do Estado, nos termos dos arts. 1º, 3º e 4º do ECA”. Assim, além de haver a incidência subsidiária do CPC, que permite tal atuação, o ECA deve ser interpretado diante de sua finalidade de proteção dos direitos da criança e do adolescente, com absoluta prioridade.

A segunda foi proferida no RMS 52.271⁶³³, em 2018, cuja disputa estava em saber se a Defensoria Pública tinha legitimidade para acesso aos autos de procedimento verificatório de unidade de internação. A decisão do STJ se deu no sentido de entender que, embora a Lei Complementar nº 80/1994 não coloque especificamente esse como um dos objetivos da Defensoria, a lei “estabelece, expressamente, a função de atuar na preservação e na reparação dos direitos de pessoas vítimas de violência e opressão, do que decorre ser imperioso o acesso a informações decorrentes de registros de eventuais ocorrências que possam ensejar a sua atuação”. Desse modo, diante da “ausência de vedação legal, não há que falar em impedimento de acesso da Defensoria Pública aos autos de Procedimento Verificatório instaurado para inspeção judicial e atividade correccional de unidade de execução de medidas socioeducativas, após relatos e denúncias de agressões sofridas pelos adolescentes internados e de outras irregularidades no processo ressocializador”.

Uma questão que perpassa vários grandes temas aqui é sobre tratamento especial para portadores de doenças mentais. No que tange ao escopo do sistema socioeducativo, esse assunto apareceu em 2010 na decisão no REsp 970.401⁶³⁴. O recurso especial interposto pelo estado do Rio Grande do Sul se deu em face de acórdão que determinou que “a FASE [Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional] e o ESTADO têm a obrigação de proporcionar o atendimento especializado, e de forma individualizada, em local adequado, aos adolescentes que lhe forem confiados e que sejam portadores de doença ou deficiência mental, consoante exige o art. 112, § 3º, do ECA”. Embora o estado tenha alegado violação a esse mesmo dispositivo do ECA, o STJ confirmou decisão do Tribunal de Justiça, por entender que a “lei é clara ao determinar

que os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”, não sendo possível entender que “programa psiquiátrico terceirizado” e utilização da rede pública em casos graves atenda à demanda legal e constitucional⁶³⁵.

Atendimento à criança ou adolescente: situação de risco e acolhimento institucional

Por fim, as decisões que envolvem atendimento à criança ou adolescente. Esse grupo de decisões, por sua vez, subdivide-se em questões que envolvem Conselho Tutelar (7 decisões), criação de programa social (1 decisão), transporte de criança com deficiência (2 decisões), tratamento para dependentes químicos (4 decisões) e acolhimento institucional (8 decisões). Algumas delas merecem destaque.

A primeira, tomada no AgRg no REsp 1.323.470⁶³⁶, em 2012, confirmou decisão em que se determinava a adoção de providências frente à situação de risco na qual se encontravam dois adolescentes, diante da inércia do Conselho Tutelar. O acórdão questionado já havia mencionado que conforme art. 227, § 1º, da CF e o ECA, “o Estado, por meio de todas as suas funções, deve tutelar e agir pelo bem-estar da criança e do adolescente, sendo esta uma obrigação coletiva de todos (e não somente do Poder Executivo)”. Nesse sentido, entendeu o STJ que deveria ser mantida tal decisão, “considerando a gravidade da situação, que relata a existência de notícia de fatos concretos que possam comprometer a integridade dos menores envolvidos – envolvimento com tráfico de drogas e evasão escolar [...] a fim de que sejam determinadas as medidas necessárias para superação desta situação de vulnerabilidade social pelo Juízo de Primeiro Grau, que está mais próximo dos fatos e portanto está mais habilitado para a tomada de todas as medidas necessárias

em articulação com o Poder Executivo e demais instâncias competentes”.

Em relação ao tratamento para dependentes químicos, a ênfase se dá à decisão, em 2003, no MC 6.515⁶³⁷. O pedido foi feito pelo município de Lajeado (RS) para suspender recurso especial “contra decisão da 7ª Câmara Cível do TJRS, que manteve decisão liminar de 1º Grau, que lhe determinou custear o tratamento de adolescente contra drogadição”. A decisão se deu justamente no sentido de, primeiro, assentar a municipalização do atendimento conforme previsão do ECA, devendo dar cumprimento às medidas em face de crianças e adolescentes. O art. 7º, c/c os arts. 98, I, e 101, IV, do ECA daria plena eficácia aos arts. 196 e 227 da CF, ressaltando que “o conflito dá-se entre a oneração financeira do Município e o pronto atendimento do adolescente, em que há de resolver-se, evidentemente, em favor do menor, até mesmo pela forma prioritária como a Carta Magna caracteriza as prestações em favor da infância e da juventude (art. 227, *caput*)”.

Assentou-se, no REsp 493.811⁶³⁸, em 2003, a legitimidade do Ministério Público para exigir do município execução de política específica estabelecida pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente. O caso envolvia uma ação civil pública com o objetivo de que o município de Santos (SP) implementasse “serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos”. A ação foi julgada improcedente na primeira instância, revertida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, novamente alterada em sede de embargos infringentes. No REsp, o MP ressaltou que houve a edição da Resolução Normativa nº 04/1997 pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos, determinando a elaboração dos programas citados. Diante da impossibilidade de “resolução pela via extrajudicial”, a

ação demandaria “unicamente o cumprimento de imperativo legal em consonância com deliberação normativa emanada do Conselho Municipal, cujas determinações vinculam a vontade do administrador público (art. 88, II, do ECA) e que, por isso, não é o autor ou o Judiciário que pretendem determinar que o Prefeito, na elaboração das futuras leis orçamentárias, destine recursos suficientes para a execução de projeto destinado ao tratamento da drogadição de crianças, adolescentes e respectivos pais, mas sim a Constituição Federal, o ECA e o próprio Conselho Municipal”.

O STJ decidiu, então, que o MP e o Judiciário deveriam, conforme dispõe o ECA, garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, “porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4/97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA”. Não teria havido ingerência do MP, porque se tratava de implementação de programa “estabelecido por um órgão do próprio município [...] com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil”, sendo impertinente a alegação de falta de recursos.

Em outras decisões, foi definida a competência da Vara da Infância e da Juventude “onde ocorreu a alegada omissão para processar e julgar ação civil pública ajuizada contra o Estado para a construção de locais adequados para a orientação e tratamento de crianças e adolescentes alcoólatras e toxicômanos, em face do que dispõem os arts. 148, IV, 208, VII, e 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Prevaecem esses dispositivos sobre a regra geral que prevê como competentes as Varas de Fazenda Pública quando presentes como partes estado e município (REsp 778.244⁶³⁹, 2005, e AgRg no REsp 871.204⁶⁴⁰, 2007).

Por fim, sobre entidades de acolhimento institucional, o destaque se dá para a decisão no REsp 208.893⁶⁴¹, em 2003. O caso teve início com uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do município de Cambará a fim de que fosse destinado imóvel para construção de abrigo e destinação de equipe especializada. Em primeira instância, foi decidido que tal determinação não seria benéfica à sociedade, pois o município “já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida” – decisão mantida em segunda instância. O STJ, seguindo as decisões proferidas e aceitando que o município já cumpriria o art. 7º do ECA e o art. 227 da CF, com a destinação de verbas orçamentárias às crianças e adolescentes, assentou a liberdade que o ente tinha “para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada”.

REGULAÇÃO (FIGURA 42)

No que toca à regulação, por sua vez, esse subtema subdivide-se em: descumprimento de poder familiar ou determinação do Conselho Tutelar (9 decisões), educação (21 decisões), entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável (38 decisões), hospedagem de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável (4 decisões), internet (2 decisões)⁶⁴⁶, meios de comunicação (7 decisões), participação de crianças ou adolescentes em espetáculos públicos ou certames de beleza (30 decisões), publicidade infantil

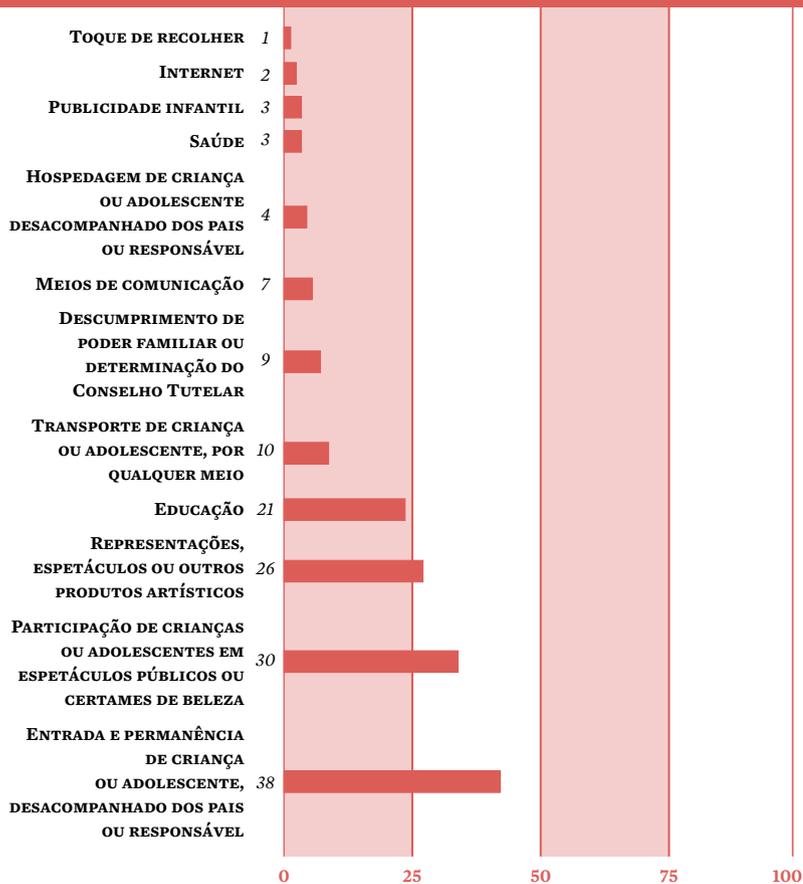


FIGURA 42. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no subtema regulação no STJ

(3 decisões), representações, espetáculos ou outros produtos artísticos (26 decisões), saúde (3 decisões), toque de recolher (1 decisão) e transporte de criança ou adolescente, por qualquer meio (10 decisões).

Infrações administrativas e proteção à criança e ao adolescente

Uma parte desses assuntos, dentro do subtema de regulação, diz respeito a infrações administrativas. Os principais assuntos, que contemplam o número mais expressivo de decisões, tratam da entrada e permanência de criança ou adolescente em estabelecimentos desacompanhado dos pais ou responsável e da participação de crianças ou adolescentes em espetáculos públicos ou certames de beleza. Esses assuntos envolvem fundamentalmente os arts. 80, 149, I e II, e 258 do ECA:

Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a)** estádio, ginásio e campo desportivo;
- b)** bailes ou promoções dançantes;
- c)** boate ou congêneres;
- d)** casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;

e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios;

b) certames de beleza.

Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:

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

Em relação à entrada e permanência de criança ou adolescente em estabelecimentos, desacompanhado dos pais ou responsáveis, apesar do maior número de decisões, estas não são tão relevantes em relação a sua interpretação. Contudo, alguns entendimentos sobre a questão podem compor o quadro da garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes no STJ.

Um deles é sobre se haveria afronta ao princípio da legalidade na existência de portaria que dá cumprimento ao art. 149 do ECA. É o caso da decisão no RMS 10.600⁶⁴³, em 1999, que questionava a Portaria nº 02/1998 do Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Imperatriz (MA) proibindo “a participação de jovens menores de 14 anos de idade em desfiles de rua ou bailes carnavalescos, após as 20 horas, desacompanhados dos pais ou responsáveis”. O argumento do Promotor de Justiça da referida comarca levava em conta que o art. 227 da CF estabelece o direito ao lazer e à convivência familiar e comunitária, não podendo a portaria proibir a situação em questão. A decisão do STJ, contudo, foi no sentido de afir-

mar que, na verdade, a portaria justamente estaria dando cumprimento ao ECA. Em 2012, no REsp 1.292.143⁶⁴⁴, outra decisão relevante sobre o assunto, no mesmo sentido, afirmou que

nos termos do art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a autoridade judiciária pode disciplinar, por portaria, “a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável” nos locais e eventos discriminados no inciso I, devendo essas medidas “ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral” (§ 2º). É evidente, portanto, o propósito do legislador de, por um lado, enfatizar a responsabilidade dos pais de, no exercício do seu poder familiar, zelar pela guarda e proteção dos menores em suas atividades do dia a dia, e, por outro, preservar a competência do Poder Legislativo na edição de normas de conduta de caráter geral e abstrato.

Nota-se, portanto, que ficou assentado que tais portarias devem ter caráter específico e estar fundamentadas, não sendo possível determinações de caráter geral. Diante desse entendimento, também em 2012, no HC 251.225⁶⁴⁵, foi declarada a ilegalidade da Portaria nº 17/2004, do Distrito Federal, que, ao instituir “horário máximo de permanência de menores desacompanhados dos pais ou responsável legal nas ruas da Comarca de Itaporã/MS”, teria caráter geral, abstrato e “sem nenhuma fundamentação de sua necessidade”.

Outro entendimento relevante se deu na definição sobre em quem recai a responsabilidade prevista no art. 258 do ECA, se sobre a pessoa física ou sobre a pessoa jurídica. Em 2006, no REsp 679.912⁶⁴⁶, a discussão envolvia saber se a pessoa jurídica Mafalda Demarco Negri Jogos em Rede - ME (nome fantasia “Lan House Shopping”) poderia

ser responsabilizada em auto de infração por ter permitido que criança de 11 anos ingressasse no local desacompanhada, o que afrontaria disposição de seu alvará de funcionamento, que proibia “ingresso de crianças com idade inferior de 12 (doze) anos de idade, desacompanhadas dos pais ou responsáveis legais em qualquer horário”. Em primeiro grau, foi considerado que existia responsabilidade solidária, decisão que, contudo, foi reformada em segundo grau, entendendo o Tribunal de Justiça pela ilegitimidade. O STJ, então, entendeu “inquestionável a possibilidade de responsabilização da Pessoa Jurídica, condicionada à previsão legal, forte no disposto no art. 258 do ECA, que prevê como incumbência do responsável pelo estabelecimento ou empresário impedir o acesso de criança a local ou evento impróprio à sua faixa etária”. Assim, a pessoa jurídica também pode ser responsabilizada diante do art. 258 do ECA, além da pessoa física responsável⁶⁴⁷.

Já em relação à participação de crianças ou adolescentes em espetáculos públicos ou certames de beleza, destaca-se o entendimento de que sempre se exige o alvará autorizando a participação nessa situação. Esse entendimento foi firmado em 2002, no REsp 399.278⁶⁴⁸, cujo acórdão de segundo grau impugnado tinha definido que a prescindibilidade do alvará estava prevista apenas no art. 149, I, do ECA, ou seja, em relação à entrada ou permanência de crianças e adolescentes em espetáculos. Assim, existe violação ao art. 149, II, do ECA quando da participação de criança em programa televisivo sem autorização judicial. Nesse sentido, deu-se a decisão no STJ:

Na primeira hipótese (art. 149, I), o alvará só será necessário se a criança estiver desacompanhada dos seus pais. No caso do item II, ele será sempre exigido, esteja a criança ou adolescente com seus pais ou sem eles. Na hipótese em exame, a autorização era para a participação de me-

nor em novela, devendo a autoridade judiciária, para a expedição de alvará, levar em conta vários fatores, inclusive o comando da lei de vigência, ou peculiaridades locais, a existência de instalações apropriadas, adequação do ambiente, natureza do espetáculo (art. 149, II, § 1º). A meu ver, parece que o legislador só dispensa a expedição de alvará quando a criança ou o adolescente comparece e permanece nos locais referidos, para assistir o espetáculo acompanhada dos seus pais (inciso I). Mas, se houver participação dela, é sempre exigida a expedição de alvará, esteja ela acompanhada ou desacompanhada dos pais. A própria recorrente, reconhecendo a necessidade, no caso concreto, de alvará autorizando a criança e adolescente a participar de novela, requereu a sua expedição.

A partir dessa decisão, portanto, ficou assentado que programas de televisão têm natureza de espetáculo público e que a presença dos pais ou responsáveis não supre a necessidade de alvará para participação de crianças ou adolescentes. Um detalhe interessante sobre o assunto foi firmado no julgamento do AgRg no REsp 625.583⁶⁴⁹, em 2005, em que o pedido era de que se considerasse que gravação de programas de televisão não teria “natureza pública”, sendo que “somente têm acesso às dependências do cenário de gravação os funcionários da empresa televisiva e demais pessoas autorizadas”. Contudo, o STJ reafirmou que o que importa “é a efetiva participação do menor ou adolescente no programa televisivo, não importando o local das gravações”.

Outro grupo de assuntos com número razoável de decisões envolve classificação indicativa em representações, espetáculos ou outros produtos artísticos⁶⁵⁰. Elas envolviam os seguintes artigos:

Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso,

à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.

Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação.

Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congêneres classificados pelo órgão competente como inadequados às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo.

Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Houve uma discussão específica que envolvia classificação indicativa e exibição de filme impróprio diante do horário de verão. Em decisão de 2006, no AgRg na MC 11.402⁶⁵¹, o STJ entendeu que não se poderia impor restrições à manifestação do pensamento, conforme arts. 5º, II, IV e IX⁶⁵², e 220⁶⁵³ da CF, e, desse modo, esse direito não poderia ser afastado diante das “disposições relativas à proteção da família e do adolescente”. Assim, ficou asentado que não haveria problema na “retransmissão da programação de forma simultânea, sem a diferenciação de horários em razão do fuso do Estado”. Contudo, em 2009, no MS 14.041⁶⁵⁴, a decisão se deu em sentido oposto, sendo ressaltado que:

2. A proteção das crianças e dos adolescentes foi erigida pela Constituição como valor de “absoluta prioridade” (art. 227), autorizando, inclusive, restrições quando [sic] à veiculação de programas audiovisuais por emissoras de rádio e televisão, que fica subordinada a classificação por horários e faixas etárias (artigos 21, XVI, 220 e 221).

3. Conforme estabelece o art. 76 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), cuja constitucionalidade não está em causa, “as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infantojuvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”. O cumprimento de tal norma, bem como da norma secundária que lhe dá concretude (art. 19 da Portaria 1.220/07 do Ministério da Justiça), não pode deixar de ser exigido durante o período de vigência do horário de verão, especialmente nos Estados onde sequer vigora o referido horário.

A questão que gerou mais discussões foi sobre quem comete a infração administrativa. Um entendimento foi o de que incorre na infração administrativa quem de fato anuncia, e não quem redige o anúncio sem a classificação indicativa. Em decisão em 2003, no REsp 263.283⁶⁵⁵, ressaltou-se que “o termo ‘anunciar’ significa divulgar determinado fato. O art. 253 não se refere a quem redige o anúncio ou remunera sua divulgação. O fato tipificado como ilícito era anunciar, não redigir, pagar o anúncio ou dele se beneficiar”⁶⁵⁶. Em 2004, no REsp 596.001⁶⁵⁷, também houve julgamento de um caso que envolvia a divulgação de um baile por uma rede de rádio e televisão sem indicação da classificação etária. O questionamento se dava pela responsável pela realização do evento, que defendia sua ilegitimidade passiva. A decisão proferida então entendeu

que “não deve ser responsabilizada a empresa que apenas transmitiu o baile”, porque seria responsável pelo baile “quem promoveu e anunciou o evento”, caracterizando o art. 253 do ECA. Seguindo esse entendimento, em decisão no REsp 621.906⁶⁵⁸, em 2007, afirmou-se que “o sujeito ativo da infração administrativa prevista no art. 253 do ECA é aquele responsável pelo espetáculo e que não tomou as providências necessárias à indicação dos limites de idade quanto ao evento divulgado”.

Foi definida também a responsabilidade tanto do realizador do evento quanto do proprietário do estabelecimento onde o evento ocorreu. Esse foi o entendimento no AgRg no Ag 1.303.238⁶⁵⁹, em 2010, e no AgRg no AREsp 305.822⁶⁶⁰, em 2013. No que toca mais especificamente à circulação de revista, em decisão do REsp 1.569.814⁶⁶¹, em 2016, afirmou-se que “o ordenamento jurídico brasileiro, no tocante ao consumidor e aos deveres estatuídos no Estatuto da Criança e do Adolescente, preconiza a responsabilidade solidária entre todos os sujeitos participantes da cadeia de consumo, o que abrange, além do fabricante e do comerciante diretamente envolvidos, aqueles que, de alguma forma – inclusive o distribuidor, o transportador, o anunciante e o veículo de comunicação –, concorrem para a disponibilização do produto ou serviço no mercado”⁶⁶².

Outra questão diz respeito à competência em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão. Em relação a esses veículos, tem-se seguido o que dispõe o art. 147, § 3º, do ECA⁶⁶³. Contudo, destaca-se aqui entendimento tomado em 2012 no AgRg no AREsp 184.727⁶⁶⁴, ao tratar de periódico de circulação nacional. Nesse caso, entendeu-se que “periódico de circulação nacional” não está inserido no conceito do artigo e que a “interpretação das regras de competência para apreciar a imposição de penalidade administrativa por infração ao ECA deve se orientar pela ampla proteção dos direitos do

menor, e não em benefício da empresa infratora”. Registre-se que também em relação a esse assunto foi assentada a competência do Ministério Público para propor ação civil pública diante de caso de afronta à dignidade das crianças com a veiculação de imagens contendo cenas de espancamento e tortura praticadas por adulto contra criança (REsp 509.968⁶⁶⁵, 2012).

Por fim, destaca-se ainda decisão recente, de 2019, no REsp 1.840.463⁶⁶⁶, que tratou sobre a possibilidade de condenação para indenização por danos morais de emissora de televisão em razão da exibição de filme fora do horário recomendado. Remetendo-se à decisão tomada em 2016 na ADI 2.404⁶⁶⁷ pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade de trecho do art. 254 do ECA – “em horário diverso do autorizado” –, entendeu que “a classificação indicativa não pode ser vista como obrigatória ou como uma censura prévia dos conteúdos veiculados em rádio e televisão, haja vista seu caráter pedagógico e complementar ao auxiliar os pais a definir o que seus filhos podem, ou não, assistir e ouvir”. Mesmo não sendo a classificação indicativa uma proibição, ao Poder Judiciário caberia “controlar eventuais abusos e violações ao direito à programação sadia”, mas a aplicação de danos morais coletivos só seria aplicada quando a transmissão fosse “capaz de abalar, de forma intolerável, a tranquilidade social dos telespectadores”, não bastando que fosse apenas irregular.

Entre as decisões, também apareceram outros tipos de infrações legislativas. Sobre transporte de criança ou adolescente, por qualquer meio⁶⁶⁸, das 10 decisões que compõem o banco, destacam-se três como relevantes para os propósitos desta publicação. Em 2006, no REsp 786.150⁶⁶⁹, o tribunal ressaltou que “é correta a aplicação da multa prevista nos arts. 83 e 251 do ECA, para a empresa que efetua o transporte de menor sem exigir, no momento do embarque, a documentação que comprove o parentesco com a pessoa

que lhe acompanha, sendo irrelevante a produção de qualquer prova posterior, com o intuito de ilidir a infração”.

No mesmo sentido, deu-se decisão no REsp 568.807⁶⁷⁰, também em 2006:

3. O fato típico aí descrito consuma-se no momento do transporte da criança, por qualquer meio, sem observar as prescrições dos arts. 83, 84 e 85 do ECA. É irrelevante se, em momento posterior ao transporte, se verifica que o menor de 12 anos estava realmente acompanhado de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau.

4. As normas encartadas nos arts. 83, 84, 85 e 251 da Lei n.º 8.069/90 têm finalidade muito mais pedagógica do que repressiva. Não encerram um fim em si mesmas. Objetivam, sobretudo, evitar o transporte irregular de crianças e, assim, conter o tráfico, sequestro e outros crimes perpetrados em desfavor desses menores. Daí, porque, na espécie, a comprovação posterior da maternidade não elide o descumprimento das normas protetivas.

E a terceira se deu em 2010, no REsp 1.163.663⁶⁷¹. Afirmando que a responsabilização por infrações administrativas tem objetivos diferentes das penais – sendo que naquele caso de “reprimir o indivíduo em sua subjetividade, mas liga-se, no Estatuto da Criança e do Adolescente, à responsabilidade social que advém do Princípio da Proteção Integral” – assentou que não poderia ser aplicada naquelas circunstâncias a Súmula 74/STJ⁶⁷², não sendo necessária a comprovação de se tratar de criança ou adolescente para aplicação da sanção. Assim, a infração ficaria configurada pela diligência ou não daquele responsável pelo transporte da criança ou do adolescente.

Em relação às quatro decisões tomadas sobre o art. 250 do ECA, que caracteriza como infração administrativa “hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos

país ou responsável, ou sem autorização escrita desses ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congêneres”, destaca-se uma. Em 2010, no REsp 622.707⁶⁷³, ficou assentado que é possível, inclusive esperado, que haja responsabilização da pessoa jurídica, pois, conforme decisão, “demonstra ter o legislador colocado pessoa jurídica no polo passivo da infração administrativa, ao prever como pena acessória à multa, no caso de reincidência na prática de infração, o ‘fechamento do estabelecimento’”. Ainda houve complementação de que “é fundamental que os estabelecimentos negligentes, que fazem pouco caso das leis que amparam o menor, também sejam responsabilizados, sem prejuízo da responsabilização direta das pessoas físicas envolvidas em cada caso, com o intuito de dar efetividade à norma de proteção integral à criança e ao adolescente”.

Em meios de comunicação concentram-se decisões sobre divulgação de imagens. A maior parte delas envolve adolescentes acusados da prática de atos infracionais, inclusive acompanhados de seu nome completo e endereço, com a seguinte infração administrativa:

Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional.

Em 1995, em decisão no REsp 55.168⁶⁷⁴, afirmou-se que crianças e adolescentes têm direito à intimidade, não podendo qualquer um deles ser “vilipendiado e exposto à execração pública”, mesmo se tiverem falecido, como teria sido pelo jornal que publicou foto, nome completo e endereço de adolescente que teria cometido ato infracional. E ressaltou-se ainda:

Nada mais perigoso o menor ser definido e conhecido como agente de condutas ilícitas; forma-se rejeição à pessoa, em instante em que a personalidade precisa de resguardo a fim de não gerar repulsa da sociedade. O fenômeno ganha grandeza singular quando a criança e o adolescente integram classe social menos favorecida, na posição social, de que a condição econômica, quase sempre é requisito de aceitação.

Esse é o entendimento seguido pelo tribunal. Vale mencionar também parte da decisão no REsp 1.636.815⁶⁷⁵, em 2017:

5. A prática vedada pelo ECA é, em essência, a divulgação, total ou parcial, de qualquer elemento, textual ou visual, que permita a identificação, direta ou indireta, da criança ou do adolescente a que se relacione ato infracional, sem a autorização, inequívoca e anterior, da autoridade judicial competente para a veiculação das informações.

6. Incide na prática interdita a veiculação de nome – inclusive iniciais –, apelido, filiação, parentesco ou residência do menor infrator, assim como fotografias ou qualquer outra ilustração referente a si que permita sua identificação associada a ato infracional. A norma impede o recurso a qualquer subterfúgio que possa resultar na identificação do menor.

7. Para configurar-se a conduta vedada, é desnecessário verificar a ocorrência concreta de identificação, sendo bastante que a notícia veiculada forneça elementos suficientes para tanto. Dispensa-se, também, que a identificação seja possibilitada ao público em geral, bastando que se permita particularizar o menor por sua comunidade ou família.

8. A transgressão ocorre ainda na hipótese em que, apesar

de isoladamente incólumes, os elementos divulgados permitam, se conjugados, a identificação indireta do menor.

O rol das decisões que envolvem infrações administrativas ainda conta com casos sobre descumprimento de poder familiar ou determinação do Conselho Tutelar:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar.

Destaca-se a discussão sobre quem é o sujeito, quem pode cometer essa infração. Das nove decisões do banco, oito envolvem autuação de Secretário Municipal pela violação do art. 249 do ECA. Em 2005, no REsp 767.089⁶⁷⁶, a atuação questionada seria pelo “descumprimento de requisição do Conselho Tutelar no sentido de disponibilizar vagas em creche e pré-escola para duas crianças” em face do Secretário Municipal de Educação. O entendimento do STJ foi o de que “o descumprimento da determinação da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar a que se refere o artigo cinge-se às disposições relativas ao poder familiar, tutela ou guarda, não podendo recair sobre quem não exerça tais deveres, como, *in casu*, o Secretário Municipal”.

Em internet, destacam-se duas decisões envolvendo páginas e perfis que seriam ofensivos a crianças e adolescentes e discussões sobre corresponsabilidade do provedor e fixação de multa no caso de ausência de bloqueio de novas situações ofensivas⁶⁷⁷ e necessidade de ordem judicial, diante do Marco Civil da Internet “para que os provedores de acesso e de aplicação apresentem dados considerados pessoais e sigilosos a interessados”⁶⁷⁸.

Educação reúne 21 decisões. Diferentemente das decisões que envolvem obrigações ao poder público, neste tópico destacam-se discussões como fornecimento de histórico escolar (8 decisões), rematricula (3 decisões), *homeschooling* (2 decisões), proteção de imóvel destinado a estabelecimento de ensino contra despejo (2 decisões), corte etário para matrícula (5 decisões) e exigência de documentos (1 decisão).

Em relação ao corte etário, foi firmado entendimento, em 2014, no REsp 1.412.704⁶⁷⁹, fruto de uma ação civil pública destinada a condenar a União a “proceder à reavaliação dos critérios de classificação dos alunos do ensino fundamental, garantindo, também, o acesso de crianças com seis anos incompletos, que comprovem sua capacidade intelectual por meio de avaliação psicopedagógica, revogando, com isso, as disposições contidas nas Resoluções nº 01, de 14/01/2010, e nº 6, de 20/10/2010, e demais atos posteriores que reproduziram a mesma ilegalidade, editados pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação”. O questionamento era basicamente a existência de uma data final (31 de março) para que a criança completasse 6 anos e assim pudesse ser matriculada no ensino fundamental (relação com a ADC 17⁶⁸⁰, julgada pelo STF). O STJ não acolheu o pedido por entender que não haveria “ilegalidade, abusividade ou ilegitimidade” nas Resoluções, “as quais, de resto, nenhum abalo ocasionam ao direito de acesso à educação fundamental pelas crianças em idade própria”. Mais do que isso, afirmou que não compete ao Poder Judiciário “substituir-se às autoridades públicas de educação para fixar ou suprimir requisitos para o ingresso de crianças no ensino fundamental”⁶⁸¹.

Decisões que envolvem recusa de fornecimento de histórico escolar pelas escolas são oito. Sobre elas, vale des-

tacar que a maioria tratou de afirmar que “o Juízo da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato de direção de escola privada que recusou o fornecimento de histórico escolar por causa da inadimplência”⁶⁸². Destaca-se, além disso, que no REsp 51.408⁶⁸³, em 1996, também ficou assentada a competência do Ministério Público para impetrar mandado de segurança com esse objetivo, uma vez que é legitimado “sempre que periclitem os direitos indisponíveis de menores, entre os quais inclui o direito à educação, indispensável ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente”. As decisões sobre matrícula também se concentram na definição de competências, principalmente na da Vara da Infância e da Juventude para julgar casos sobre essa questão.

Saúde: proibição de substâncias inapropriadas

Decisões que envolvem regulação em saúde são apenas três, sendo duas sobre cobertura de plano de saúde e uma sobre proibição de substância em formulações. Merece destaque neste relatório esta última ação, no REsp 975.397⁶⁸⁴, em 2009, quando o STJ confirmou decisão proferida em primeiro e segundo graus que “determinou à ANVISA: a) a manutenção da proibição do uso do organofosforado ‘clorpirifós’ em formulações de desinfetantes domissanitários; b) o cancelamento dos registros vigentes, deixando de conceder novos registros para produtos saneantes formulados à base da referida substância ativa para utilização domissanitária, exceto para o uso em embalagens porta-iscas, que possuam dispositivo de segurança para proteção de crianças e animais da exposição ao produto”, por entender ser esta uma competência da autarquia.

Decisões relacionadas diretamente à publicidade infantil são apenas três, dando-se destaque para duas. Na primeira delas, no REsp 1.188.105⁶⁸⁵, em 2013, o litígio envolvia pedido de nulidade de atos administrativos praticados que concederam registros para marcas cujo nome em muito se assemelhava com outra, já consolidada no mercado – as novas marcas registradas eram “CHEESE.KITOS” e “XEBOLITA”, e as marcas mais antigas, “CHEE.TOS” e “CEBOLITOS”. O STJ entendeu, primeiro, a competência da Justiça Federal apenas “para julgar pedidos cumulados de anulação de registro de marca e perdas e danos decorrentes do uso da marca”, além da violação ao art. 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial, que “expressamente veda o registro de marca que imite outra preexistente, ainda que em parte e com acréscimo, ‘susceptível de causar confusão ou associação com marca alheia’”. Interessante observar, particularmente, um dos argumentos utilizados, que ressaltou que “o público-alvo dos produtos assinalados pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina – o que encontra supedâneo na inteligência do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor – como consumidores hipervulneráveis”, agravando a situação de semelhança dos nomes.

Na segunda, no REsp 1.558.086⁶⁸⁶, em 2016, o caso teve início com uma ação civil pública que questionava publicidade, principalmente a partir da linguagem empregada na propaganda, dirigida a crianças, condicionando a aquisição de um relógio à compra de cinco produtos da linha da empresa (“Gulosos”). Além de assentar a configuração de venda casada, o STJ ainda afirmou que

é abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente,

às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Importante destacar, nesse caso, a participação do Instituto Alana e do Ministério Público Estadual para que a questão não fosse entendida apenas como um problema de venda casada ou de simples propaganda abusiva, mas que deveria ser vista como um caso de defesa dos direitos das crianças, preservando-se “os valores que lhes são repassados por meio da comercialização dos produtos da corrente, bem como dos reflexos causados na formação do caráter desses menores por ocasião da venda desses produtos”, conforme ressaltado pelo próprio subprocurador-geral da República. Além do voto do relator, ministro Humberto Martins, a ministra Assusete Magalhães também frisou a maior gravidade no caso “por ter, como público-alvo, a criança, que, como bem colocado no memorial que me [à ministra] foi encaminhado pelo *amicus curiae*, tem seu discernimento incompleto, mas que, por outro lado, tem uma enorme capacidade de convencimento sobre os seus pais, responsáveis ou familiares, voltada à aquisição daqueles produtos que lhe interessam”. Solicitou, inclusive, a divulgação do julgamento pelo Serviço de Comunicação do Tribunal.

Ainda que as decisões do STJ tenham se debruçado poucas vezes sobre publicidade infantil, elas foram assertivas no sentido de que a publicidade dirigida ao público infantil, porque mais vulneráveis e com discernimento incompleto, é ilegal.

Habeas corpus coletivo e toque de recolher

Neste grupo de decisões ainda existe um *habeas corpus* coletivo (HC 207.720⁶⁸⁷), cuja decisão foi proferida em 2011. O HC, “em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP”, tinha como ato questionado a Portaria nº 01/2011 da Juíza da Vara da Infância e da Juventude de Cajuru, que criou um toque de recolher, “correspondente à determinação de recolhimento de crianças e adolescentes nas ruas, desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas; c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas ou entorpecentes; ou d) mesmo que em companhia dos pais, ingerindo álcool”. A partir da decisão proferida pelo STF no REsp 1.046.350⁶⁸⁸, em 2009, de relatoria do ministro Teori Zavascki, que envolvia a delimitação do poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo ECA, o tribunal entendeu que esse poder não é genérico, ao contrário do que previa o Código de Menores (Lei nº 6.697/1979), sendo que o art. 149 do ECA foi expresso em seu § 2º em afirmar que “as medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral”. Desse modo, conheceu do HC e deu provimento por entender que a portaria em questão tinha caráter genérico.

DESTINAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS (FIGURA 43)

Em relação à destinação de recursos públicos, somam-se apenas 12 decisões. Cabe destaque para algumas delas.

Houve uma decisão sobre competência para julgamento de ação que questionava aplicação de verbas para a edu-

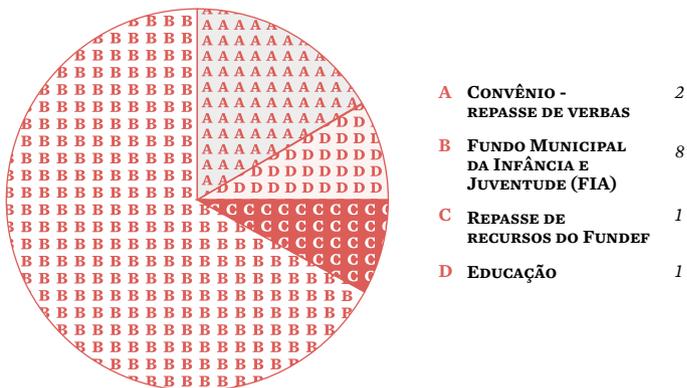
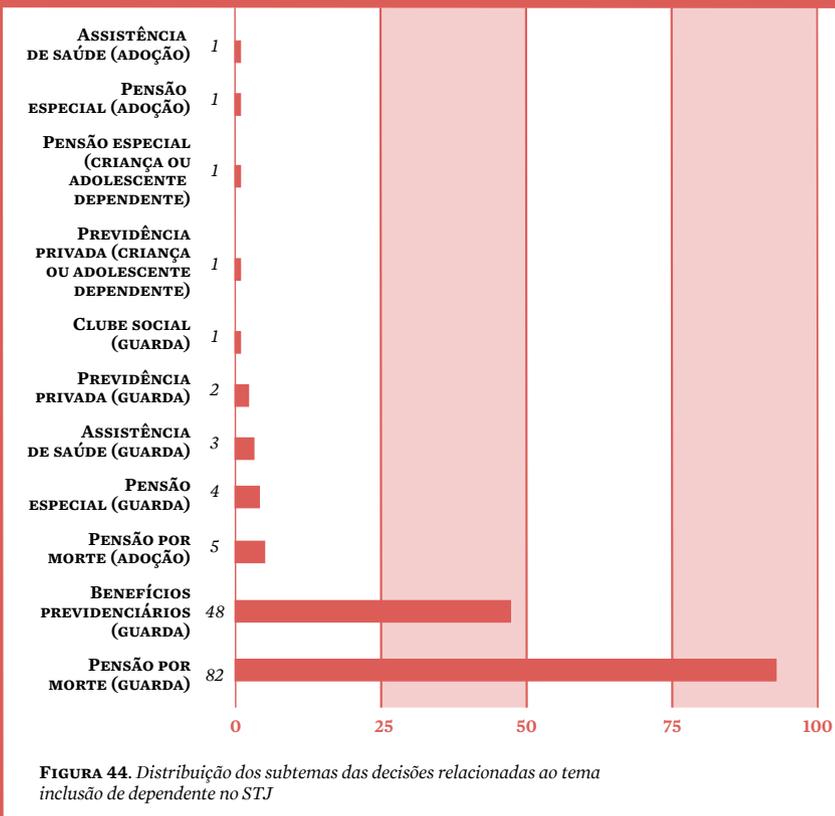


FIGURA 43. Distribuição dos assuntos das decisões relacionadas ao tema políticas públicas no subtema destinação de recursos públicos no STJ

cação: no REsp 182.549⁶⁸⁹, em 1998. O caso de fundo envolvia questionamento do Ministério Público de São Paulo em face do município, que teria deixado de aplicar 30% “de seus recursos na manutenção de desenvolvimento do ensino e da educação infantil, indo de encontro com o preceituado no art. 208 da Lei Orgânica Municipal”. O questionamento específico era em relação à decisão da Vara da Infância e da Juventude, que declinou a competência para a Vara da Fazenda Pública. O STJ confirmou esse entendimento, afirmando que “há inúmeras possibilidades de se atingir, mesmo que indiretamente, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, e de diversas formas”. Além disso, ressaltou que várias são as situações que podem atingir crianças e adolescentes, mas é preciso haver uma delimitação mais precisa sobre competência, e, neste caso, por ser o assunto sobre orçamento municipal, sendo apenas reflexo o atingimento aos direitos das crianças e dos adolescentes, deveria ser afirmada a competência da Vara da Fazenda Pública.

Sobre convênios e repasses de verbas, destaque para decisão de 2013, no REsp 1.407.866⁶⁹⁰, em que se considerou abusiva e ilegal cláusula de convênio entre o município de Colombo e o estado do Paraná, que condicionava “a liberação financeira à apresentação de Certidão Negativa do Tribunal de Contas”. O convênio tinha como objetivo “a execução de atividades inerentes ao atendimento das crianças e dos adolescentes em situação de risco pessoal e social” e, assim, conforme art. 25, § 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal⁶⁹¹, não poderia haver suspensão de transferência voluntária para tal fim.

Por fim, a maior parte das decisões trata da destinação de valores ao Fundo Municipal da Infância e Juventude (FIA), a partir da disposição dos arts. 154⁶⁹² e 214⁶⁹³ do ECA. Precedente foi criado no julgamento do REsp 512.145⁶⁹⁴, em 2003, cuja discussão de fundo era saber se



as multas e as penalidades impostas pelas Varas Especializadas deveriam ser destinadas ao FIA ou à própria Vara ou Fórum correspondente, para sua manutenção. Ficou assentado, então, que “quando a Lei destinou ao Fundo Municipal da Infância e Juventude (FIA) o valor das multas, o fez o legislador com a intenção de que tais valores se revertissem em benefícios sociais para os menores, e não para a melhoria do Fórum de Vitória – Juizado da Infância e Juventude”. Ou seja, os recursos deveriam ser revertidos em ações em benefício de crianças e adolescentes.

Na mesma linha, deu-se a decisão no REsp 564.749⁶⁹⁵, em 2004, em que também se ressaltou o detalhe de que os artigos mencionados “não fazem nenhuma distinção entre as multas advindas de infrações administrativas ou daquelas estabelecidas em função do cometimento de ato infracional”.

Inclusão de dependente (FIGURA 44)

Uma parte das decisões, quantitativamente pouco expressiva no banco (149 decisões), mas que agrega discussões importantes em termos de garantia dos direitos da criança e do adolescente e sua prioridade absoluta, está reunida no grande tema de inclusão de dependente. Essas discussões relacionam-se exatamente com o que está disposto no art. 227, § 3º, II e VI, da CF:

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:

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
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.

Um primeiro grupo de decisões, sendo a primeira em 1996, entendeu que o fim exclusivo de garantir benefícios previdenciários à criança ou ao adolescente não justifica o pedido de guarda (normalmente realizado pelos avós). O que o STJ assentou foi que essa situação não caracteriza o disposto no art. 33, § 2º, do ECA, ou seja, não se configura situação excepcional para deferimento da guarda:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Os casos, contudo, devem ser avaliados diante dos detalhes que envolvem guarda ou adoção, uma vez que conforme art. 33, § 3º, do ECA, os fins previdenciários são uma

das consequências da dependência. Nesse sentido, segue trecho da ementa na decisão no REsp 1.677.903⁶⁹⁶, de 2017, que, inclusive, envolvia circunstância de falecimento da pessoa que requeria a guarda ao longo do processo e, a partir de então, um reconhecimento de guarda póstuma:

4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

5. A guarda é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

6. O § 2º do art. 33 do ECA prevê, na primeira parte o preceito, a possibilidade do deferimento da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

7. No caso dos autos, no interesse maior da criança, impõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência, sendo o fim precípuo do processo garantir vida com dignidade à menor especial.

8. A finalidade meramente “previdenciária” não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés,

a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações.

9. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, em que se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.

Um segundo grupo, este sim parte mais expressiva da discussão (110 decisões), envolve a possibilidade de concessão de benefícios previdenciários, especialmente pensão por morte, a crianças e adolescentes sob guarda. O ECA previu, em seu art. 33, § 3º, que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”. No mesmo sentido, estabelecia a Lei nº 8.213/1991 (que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social), em seu art. 16, I, § 2º, colocando como dependentes do segurado o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, sendo comparados a este “o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação”⁶⁹⁷. Contudo, a Medida Provisória nº 1.523/1996, depois convertida na Lei nº 9.528/1997, alterou a redação do § 2º, passando a equiparar ao filho apenas “o enteado e o menor tutelado”.

Essa alteração legislativa gerou diversos conflitos a serem resolvidos no STJ, tendo em vista a divergência entre o ECA e a lei previdenciária. Até 2014, majoritariamente as decisões se davam no sentido de entender que o fato gerador do benefício previdenciário era a morte do segurado e era a lei daquele momento que devia prevalecer (*princípio tempus regit actum*). Esse é, inclusive, o teor da Súmula 340/STJ: “a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito

do segurado”. Assim sendo, falecendo o segurado depois da modificação feita pela MP nº 1.523/1996, seria aplicado o entendimento de que a criança ou adolescente sob guarda não se equipararia ao filho para fins previdenciários, ainda que o ECA tenha previsto de maneira distinta, porque o ECA é uma norma mais genérica e anterior à lei previdenciária, que é específica e posterior, devendo prevalecer:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. BENEFICIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI 8.213/91. FATO GERADOR OCORRIDO APÓS ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. MP Nº 1.523/96 E LEI 9.528/97.

- Em sede de benefícios previdenciários, sua concessão rege-se pelas normas vigentes ao tempo do fato gerador, que, no caso da pensão por morte, é o próprio óbito do segurado instituidor.
- O menor sob guarda judicial não faz jus aos benefícios da Previdência Social em face da alteração introduzida pela Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que alterou o artigo 16, § 2º da Lei 8.213/91.⁶⁹⁸

Apesar de ser esse o entendimento mais consolidado e aplicado pelo tribunal, algumas decisões ao longo dos anos o questionavam, colocando em primeiro plano a previsão constitucional de proteção dos direitos da criança e do adolescente:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

1. A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

2. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90).
3. Recurso especial desprovido.⁶⁹⁹

Houve um pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, no REsp 727.716⁷⁰⁰, em 2010, cuja decisão foi no sentido de entender incabível tal incidente, porque a lei não teria negado a equiparação, apenas omitido. O início de uma virada no entendimento a respeito do assunto começou a ocorrer em 2014, na decisão no RMS 36.034⁷⁰¹, em que se discutia a aplicação do art. 33, § 3º, do ECA frente à lei complementar estadual previdenciária do estado de Mato Grosso:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica.
2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma herme-

nêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente 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. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente têm norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II).

6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve

ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor.

7. Recurso ordinário provido.

Nessa decisão, portanto, ficou evidente outra linha de interpretação a respeito da garantia dos benefícios previdenciários às crianças e aos adolescentes sob guarda, contrário ao que vinha sendo majoritariamente aplicado, de que a lei previdenciária, por ser específica e posterior, deveria prevalecer sobre o ECA. Entendendo a absoluta prioridade com que devem ser encarados os direitos das crianças e dos adolescentes, deveria prevalecer o art. 33 em detrimento de leis previdenciárias que limitem o que foi estabelecido por ele. Conclusão semelhante se deu na decisão no MS 20.589⁷⁰², em 2015, em que se assentou que “o menor sob guarda judicial de servidor público do qual dependa economicamente no momento do falecimento do responsável têm direito à pensão temporária de que trata o art. 217, II, b, da Lei 8.112/90” e que “o art. 5º da Lei 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227), como consectário do princípio fundamental da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 33, § 3º)”⁷⁰³.

Contudo, a uniformização do entendimento nesse sentido se deu apenas em 2017, na decisão no REsp 1.411.258⁷⁰⁴. Nesse julgamento, ficou assentado que seria um retrocesso deixar de equiparar a criança ou adolescente sob guarda para fins previdenciários, porque também configura como dependente, afrontando a isonomia e a prioridade de proteção, principalmente em um momento de maior fragilidade, o do falecimento do segurado:

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, pela Lei 9.528/1997, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

[...]

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se veem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito

individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).

Esse julgamento gerou a seguinte tese: “o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária” (Tema Repetitivo 732).

Destaca-se ainda neste debate, uma questão particular em relação à pensão especial devida aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial e aos seus dependentes, conforme Lei Federal nº 8.059/1990. O art. 5º dessa lei considerou como dependentes a viúva, a companheira, “o filho e a filha de qualquer condição, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos”, “o pai e a mãe inválidos” e “o irmão e a irmã, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos”. Não estava expressamente prevista, portanto, a dependência de crianças e adolescentes sob guarda.

Também nesse caso as poucas decisões foram divergentes. No REsp 1.306.883⁷⁰⁵, decisão de 2013, o entendimento foi o de que o art. 5º da referida lei é taxativo, não podendo ser a criança ou o adolescente sob guarda contemplados pela pensão especial, além de não se poder aplicar o art. 33, § 3º, do ECA, porque este trata de benefícios previdenciários, e a pensão especial não tem natureza previdenciária. Contudo, em decisão de 2015, no REsp 1.339.645⁷⁰⁶, entendeu-se que:

3. Tal omissão legislativa, contudo, não tem o condão de impedir que os infantes percebam referida pensão, vez que, pelo critério da especialidade, terá primazia a incidência do comando previsto no referido art. 33, § 3º do ECA, cuja exegese assegura que o vínculo da guarda conferirá à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito (e não apenas previdenciário), sendo, portanto, desinfluyente que a pensão do ex-combatente não se revista de natureza previdenciária;

4. O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos interesses e direitos de crianças e adolescentes, positivado no art. 227 da Constituição Federal, conclama a soluções interpretativas que, no plano concreto, assegurem, em favor daqueles sujeitos vulneráveis, a efetiva proteção integral prometida pelo art. 1º do ECA, compromisso, aliás, solenemente adotado pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Portanto, destaca-se que o tema de inclusão de dependente, ainda que conte com um baixo número de decisões quando comparado ao universo, merece especial atenção em virtude das considerações feitas em relação à absoluta prioridade com que devem ser tratadas as crianças e os adolescentes.



Responsabilidade civil (FIGURA 45)

O tema de responsabilidade civil reúne 167 decisões. De maneira geral, elas dividem-se entre responsabilização por atos praticados por crianças ou adolescentes e responsabilização por atos que têm como vítimas crianças ou adolescentes.

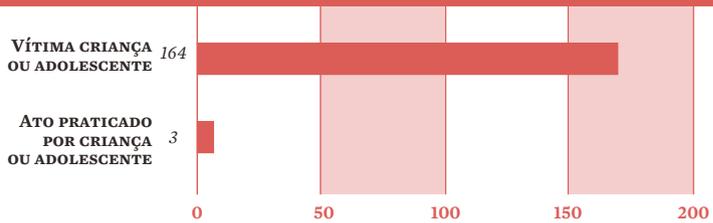


FIGURA 45. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema responsabilidade civil no STJ

Atos praticados por crianças ou adolescentes

Com relação ao atos praticados por crianças ou adolescentes, destacam-se apenas três decisões. Duas delas, de maior relevância, analisando quem deve ser responsabilizado pelos atos de crianças ou adolescentes⁷⁰⁷. Assentou-se que decorre do exercício do poder familiar o dever de criação e, conseqüentemente, de vigilância, recaindo sobre ambos os genitores, independentemente de quem exerça a guarda. Assim, “mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação ao atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente” (REsp 299.048⁷⁰⁸, 2001) e a “responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação” (REsp 777.327⁷⁰⁹, 2009).

Vítimas crianças ou adolescentes

A maior parte das decisões (164), portanto, concentra-se em situações em que as crianças foram vítimas⁷¹⁰. A maioria dos casos envolve discussão sobre a alteração do valor fixado a título de danos morais⁷¹¹.

Importante decisão sobre a absoluta prioridade com que devem ser tratados os direitos das crianças e dos adolescentes foi tomada no REsp 1.517.973⁷¹², em 2017. Ação de indenização por danos morais coletivos foi movida pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco à “TV e Rádio Jornal do Comércio Ltda.”, com o pedido de suspensão de programas de televisão cujo conteúdo afrontaria os direitos das crianças e dos adolescentes, além de idosos e pessoas com deficiência. Haveria humilhação desses grupos nos programas apontados, e, no caso

das crianças, isso se daria especialmente porque um deles questionaria a paternidade ou a falta de reconhecimento de paternidade de algumas delas. Improcedente em primeira instância e parcialmente procedente em segunda, a discussão principal se dava em saber se era possível a condenação por dano moral coletivo.

O STJ afirmou que o caso não tratava de danos individuais sofridos pelas crianças diretamente expostas nos programas, mas sim “ao objetivo de resguardar os valores constitucionais encartados no princípio da dignidade humana, em especial de crianças e adolescentes, seres humanos em desenvolvimento, cuja incolumidade física, mental, moral, espiritual e social há de ser preservada com absoluta prioridade”. Citando os arts. 76 e 254 do ECA e a Portaria nº 1.220 do Ministério da Justiça, fez a ressalva de que em se tratando de programa de notícias, não haveria classificação indicativa para exibição do programa. Porém, ressaltou que “é de fácil aferição, ao ser humano médio, que esse tipo de programa televisivo (de conteúdo policiaisco e sensacionalista) não apresenta qualquer finalidade educativa, artística, cultural ou informativa própria para os hipervulneráveis em comento”. Desse modo, em virtude dos “prejuízos causados a toda [a] sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por *bullying*”, considerou possível a indenização por danos morais coletivos.

Outro grupo de decisões que se destaca relaciona-se à veiculação de nome ou imagem de criança ou adolescente. Ressalta-se logo de início que essas decisões assemelham-se àquelas presentes no tópico sobre políticas públicas, quando da caracterização de infração administrativa, conforme art. 247 do ECA. Contudo, a diferenciação foi

feita pela característica do litígio, sendo estas aqui ações de responsabilização e indenização por danos sofridos por aqueles que tiveram sua imagem e informações pessoais indevidamente veiculadas.

Duas decisões merecem ser citadas. A primeira, proferida em 2017, no REsp 1.442.083⁷¹³, relaciona-se a pedido de indenização por danos morais por divulgação de imagem em programa televisivo, acompanhada por “expressões ofensivas”. Em primeira instância foi dado provimento ao pedido, que foi reformado em segunda instância, por entender o Tribunal de Justiça que houve apenas emissão de opinião pelo jornalista, que teria caracterizado como “covarde” a atitude do adolescente, que chutou pelas costas outra adolescente, cuja imagem foi exibida por diversas vezes sem qualquer tarja para não identificação. No STJ, foi assentado que houve violação do art. 143 do ECA, pois o programa divulgou, com possibilidade de identificação, imagem e dados de adolescente a quem se atribui ato infracional, o que é vedado “independente do grau da reprovabilidade da conduta do menor”. Além disso, ressaltou-se que “a preservação da imagem e da intimidade dos menores, em tenra idade ou prestes a alcançar a maturidade, é reflexo do comando constitucional da sua proteção integral, com absoluta prioridade em assegurar seus direitos fundamentais (arts. 227 da CF/88, 4º do ECA)”, além de estar prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

No REsp 1.628.700⁷¹⁴, em 2018, a ação civil pública foi movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da *Revista Observatório Social* e seu supervisor de comunicação, por edição de “matéria acerca do trabalho escravo infantil, intitulada ‘A Idade da Pedra - Crianças Trabalham em Minas de Talco em Ouro Preto’, publicada na edição de janeiro de 2006”, que “teria sido forjada e não autorizada pelos representantes legais dos meno-

res”. Segundo o MP, a divulgação das imagens – sem tarja, permitindo a identificação – teria violado os arts. 15⁷¹⁵ e 17⁷¹⁶ do ECA, além de os fotógrafos terem “pedido para que as crianças carregassem pedras e subissem na escada, de modo a caracterizar que estavam trabalhando, a fim de que fossem fotografadas, sem autorização de seus genitores”. Além de ressaltar que não é necessária a comprovação de efetivo prejuízo, apenas a divulgação indevida da imagem⁷¹⁷, o MP indicou que conforme assentado no acórdão, não houve autorização dos pais para uso das imagens das crianças. Sustentou que “explorar indevidamente a imagem de menor, vulnerável por natureza, importa no desrespeito ao princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, calcado no art. 227 da Constituição Federal”. Desse modo, o dever de indenização decorreria da falta de autorização, “mas também do fato de ultrapassar os limites do bom senso, tendo em vista que crianças, inegavelmente de origem humilde, foram obrigadas a segurar pedras pesadas a fim de ‘demonstrar’ que estariam submetidas a trabalho escravo, situação manifestamente aviltante e que desafia a eticidade da conduta de divulgação da imagem alheia à realidade, com finalidade escusa e indevida, conduta inegavelmente repreensível”.

Existem ainda outros casos pontualmente interessantes. No REsp 858.511⁷¹⁸, em 2008, a discussão estava em saber se o Distrito Federal poderia ser responsabilizado pela morte de uma criança de 4 anos, vítima de bala perdida disparada por adolescente que havia fugido da unidade socioeducativa em que cumpria medida de semiliberdade. Ficou assentado, contudo, que estava ausente o requisito donexo causal, não podendo atribuir “a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semiliberdade) [...] à causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois”.

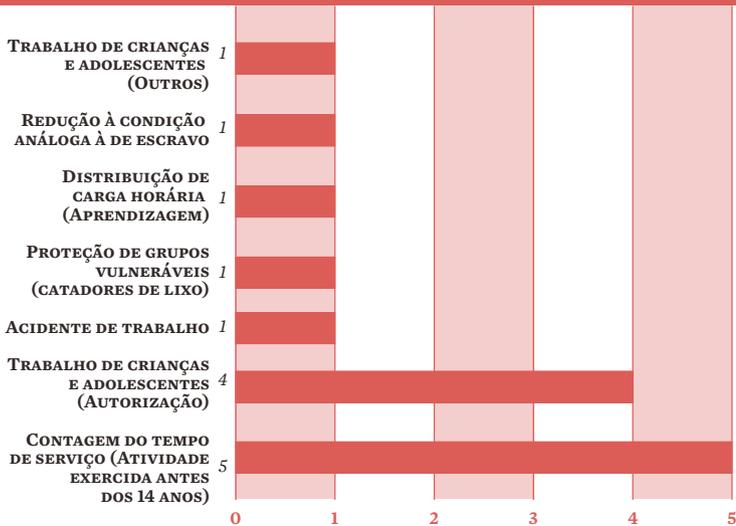


FIGURA 46. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema trabalhista/previendário no STJ

Trabalhista/Previdenciário (FIGURA 46)

Uma parte bastante pequena das decisões resultantes da busca nos últimos 30 anos no STJ diz respeito a aspectos trabalhistas e/ou previdenciários⁷¹⁹. São 14 decisões que se relacionam especificamente com a proteção e a regulação em relação ao trabalho exercido pela criança ou adolescente:

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 à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

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

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

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

Parte dessas decisões (cinco) trata de discussão que se relaciona à possibilidade de contagem de tempo de serviço para fins previdenciários de atividades exercidas antes dos 14 anos, todas elas de natureza rural. O entendimento firmado nessas decisões foi o de que o ordenamento jurídico busca proteger a criança e o adolescente do trabalho precoce, mas tal proteção não poderia servir para se adotar uma posição prejudicial a eles, ou seja, o

fato de não poderem trabalhar antes dos 14 anos, determinação expressa do art. 227, § 3º, I, da CF, não afasta o reconhecimento de seus direitos previdenciários caso isso venha a ocorrer de fato. Vinculado a essa questão, foi firmado entendimento no Tema Repetitivo 297, assim descrito: “a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”⁷²⁰.

Outra parte das decisões conta com questões de fundo mais pulverizadas, ainda que dentro do escopo de proteção à criança e ao adolescente no tocante ao trabalho, mas elas podem ser reunidas e tratadas de maneira conjunta porque sua discussão central está na definição da competência para julgamento dos casos (todas as decisões foram proferidas em ações de conflito de competência – CC). Em relação à autorização para trabalho de crianças e adolescentes, inclusive contrato de aprendizagem, a discussão é sobre a qual juízo compete tratar do assunto.

Em decisão no CC 38.623⁷²¹, em 2004, o entendimento foi o de que, no caso, por haver interesse da União em ingressar no feito, estaria caracterizada a competência da Justiça Federal, por ter a ação caráter contencioso. Já nas decisões no CC 53.279⁷²², em 2005, e no CC 98.033⁷²³, em 2008, o entendimento foi o de que o alvará para trabalho como aprendiz tem natureza de jurisdição voluntária, não existindo relação laboral: “[o] pedido tem natureza civil, procedimento de jurisdição voluntária e visa resguardar os direitos do menor à manutenção de seus estudos, que não poderão ser prejudicados em razão do exercício de atividade laboral, bem como assegurar-lhe um ambiente de trabalho compatível com a sua condição de adolescente (art. 2º do ECA). Portanto, a competência para o seu exame é da Justiça Comum”. Contudo, ainda em 2008, em decisão no CC 83.804⁷²⁴, por sua vez, entendeu-se que, conforme art. 428 da CLT⁷²⁵, aprendizagem

tem natureza trabalhista e, desse modo, o conflito é de competência da justiça trabalhista.

Duas outras decisões tratam de questões mais específicas. No CC 132.669⁷²⁶, em 2014, assentou-se que, como o conflito se dava entre a Caixa Econômica Federal e o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Vitória/ES (Concav), por recusa deste em registrar programa de aprendizagem, e não diretamente o adolescente aprendiz, a competência para resolver a lide seria da Justiça Federal, e não Estadual, mas citando precedente de que aprendizagem configura relação laboral. E no CC 143.006⁷²⁷, em 2016, assentou-se competência da Justiça Estadual em face da Federal no caso de ação previdenciária buscando auxílio-acidente, proposta por trabalhador que, quando tinha 16 anos, sofreu acidente, levando-o a perda da visão de um olho. Nessa decisão, enfatizou-se a proteção integral conferida às crianças e aos adolescentes pelo art. 227 da CF e a garantia do direito à profissionalização e à proteção no trabalho prevista nos arts. 60 a 69 do ECA e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (Convenções da Organização Internacional do Trabalho nº 138/1973 e nº 182/1999).

Por fim, o AgRg no CC 132.930⁷²⁸, em 2014, discutia uma possível situação de trabalho escravo. O caso envolvia conflito de competência para julgamento de acusação de homem que mantinha uma casa de prostituição, sendo que sua filha criança trabalhava na limpeza da casa e do bar, o que configuraria redução à condição análoga à de escravo. Contudo, foi confirmado entendimento, sustentado pelo Ministério Público, de que não haveria a configuração de tal crime uma vez que este deve ser praticado no contexto da relação de trabalho, e não em convivência familiar. Conforme sustentou o MP: “no caso dos autos, não havia qualquer relação de trabalho. O vínculo existente era decorrente da convivência familiar. A menor

ajudava o seu pai com o comércio deste e a ele, por sua condição de filha – e menor –, estava vinculado (Artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente)”. Desse modo, não haveria competência da Justiça Federal.

Tributário (FIGURA 47)

Poucas decisões presentes no banco (5) estão inseridas no grande tema de tributário. De maneira geral, envolvem discussão sobre doação de pessoa física, por meio de dedução de imposto de renda (IR), a entidades filantrópicas ou Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (2 decisões), incidência de imposto de renda sobre auxílio-creche (2 decisões) e execução fiscal de entidade de assistência social e comprometimento das atividades que realiza com crianças (1 decisão).

Merece destaque aqui apenas a última delas, proferida em 2002 no REsp 450.356⁷²⁹. O recurso questionava decisão de segundo grau que entendeu pela impenhorabilidade dos bens da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAI) – como veículo automotor, geladeira e aparelhos de fisioterapia –, pela imprescindibilidade à continuidade das atividades da entidade. Nesse mesmo sentido, entendeu o STJ que os bens “são essencialmente necessários e imprescindíveis à educação, criação e recuperação das crianças excepcionais atendidas [...] A luta e sacrifício da APAI, em prol das crianças excepcionais (física e mentalmente), pobres e sem recursos a que assiste, é sobejamente conhecida e reconhecida nacionalmente, não podendo se efetivar a penhora sobre bens que são de fundamental importância na atividade primordial que desempenha”.

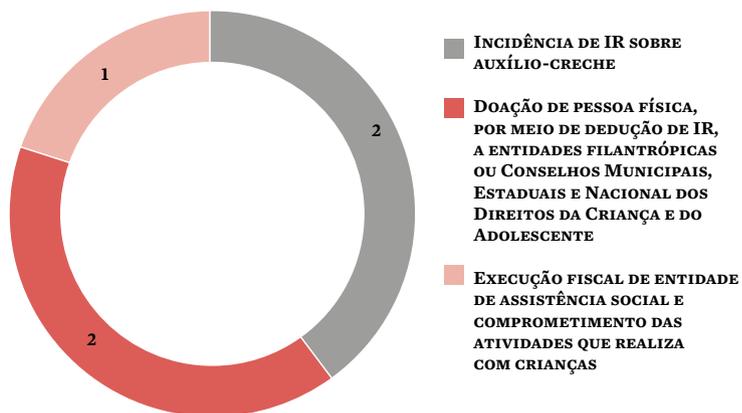


FIGURA 47. Distribuição dos subtemas das decisões relacionadas ao tema tributário no STJ

MENÇÃO EXPRESSA A TERMOS RELEVANTES NO STJ

A partir do que dispõe o art. 227 da CF, merecem especial atenção aquelas decisões que mencionam expressamente os termos “prioridade absoluta”, “melhor interesse”, “pessoa em desenvolvimento” e o art. 4º do ECA e que os colocaram como aspecto central da resolução do litígio. Contudo, um primeiro ponto que se nota é o baixo número de decisões em que isso aconteceu, comparado ao montante de decisões proferidas no STJ que mencionam crianças ou adolescentes (**FIGURA 48**).

A maior aparição desses termos se deu no grande tema de convivência familiar, em 130 decisões, novamente em virtude do subtema de prisão domiciliar, seguido das questões relativas a atos infracionais, em 75 decisões, e políticas públicas, em 38 decisões. É de se notar que os grandes temas que contemplam o maior número de decisões, ato infracional e penal, contêm proporcionalmente menos menções do que convivência familiar e políticas públicas. Além disso, analisando essa menção ao longo dos anos, especialmente por quinquênio, observa-se que até 2004 soavam-se apenas 9 decisões nesse sentido, número que cresceu entre 2005 e 2014, somando-se nesse período 144 decisões, sendo o maior número evidenciado entre 2015 e 2019, ressaltando-se aqui, mais uma vez, que esse fato decorre do espaço tomado pelo assunto sobre concessão de prisão domiciliar às mães presas, incluindo o importante precedente do STF no HC 143.641 (**FIGURA 49**).

Com isso, conclui-se que, assim como ocorre no STF, também no STJ há menção à prioridade absoluta ou termos a ela relacionados em apenas uma pequena parcela do universo de decisões. Ainda assim, em comparação com o STF, o STJ possui bem menos menções expressas à prioridade absoluta. É o que indica a **FIGURA 50**, a seguir.

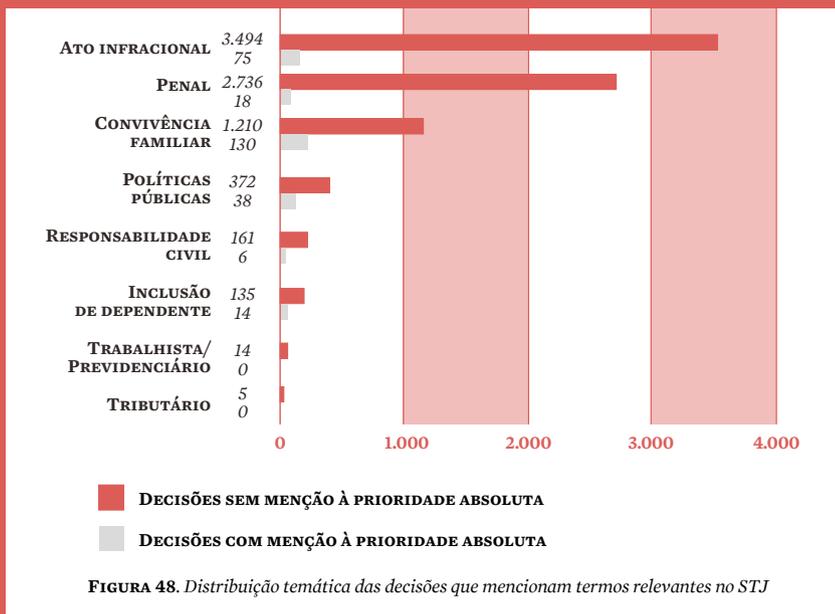


FIGURA 48. Distribuição temática das decisões que mencionam termos relevantes no STJ

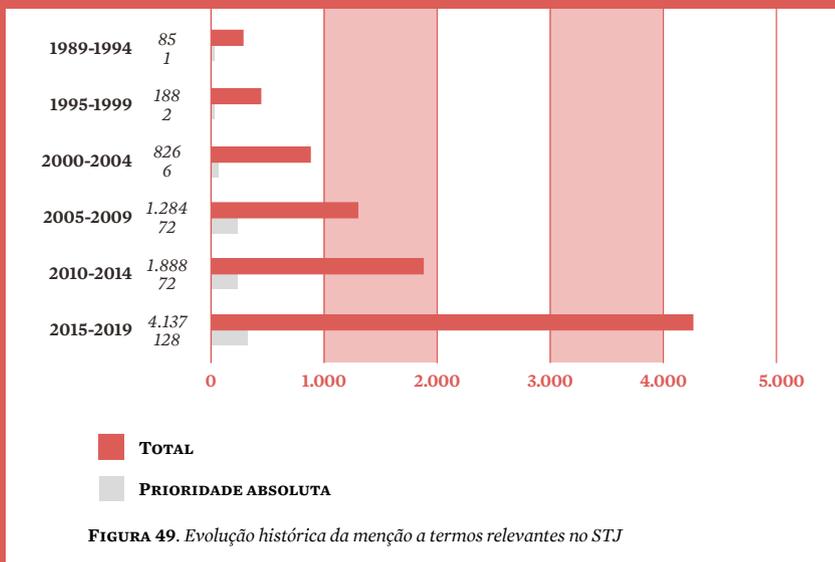


FIGURA 49. Evolução histórica da menção a termos relevantes no STJ

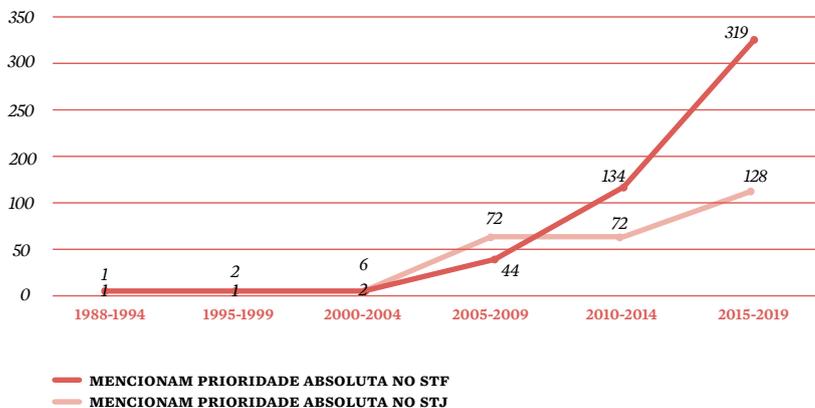


FIGURA 50. *Evolução histórica da menção expressa a termos relevantes no STJ e no STF*

Diante desse levantamento, colocam-se duas perspectivas. A primeira é a de que o tribunal não evidencia expressamente a prioridade absoluta, o que se extrai a partir do montante de decisões proferidas sobre crianças e adolescentes no período e o número de decisões que mobilizam o termo. Isso pode ser prejudicial pela não delimitação expressa do campo e da postura com que devem ser encarados esses direitos. Contudo, a segunda perspectiva que se coloca é a de que, muito embora os termos não sejam amplamente utilizados, isso não significa que em muitos temas o STJ não tenha decidido a partir dessas normas. Como se mostrou nas linhas anteriores, especialmente em relação aos tópicos de políticas públicas, inclusão de dependente e convivência familiar, o entendimento do tribunal tem se firmado de maneira a privilegiar os interesses e direitos de crianças e adolescentes ao longo dos anos.

Apresentados os temas que envolvem crianças e adolescentes no Superior Tribunal de Justiça e suas principais discussões, este trabalho dedica-se agora a um estudo mais detalhado das 15 decisões mais importantes em termos de compreensão da prioridade absoluta pelo tribunal, colocadas em ordem cronológica a partir da mais recente para a mais antiga. São elas: responsabilidade civil e danos coletivos por ofensas a crianças e adolescentes em programa televisivo (REsp 1.517.973, 2017); sistema socioeducativo e poder de cautela (REsp 1.653.359, 2017); pensão por morte à criança ou adolescente sob guarda (REsp 1.411.258, 2017); responsabilidade civil na divulgação de imagens e informações sobre adolescente envolvido em ato infracional (REsp 1.442.083, 2017); sistema socioeducativo e atendimento especializado (REsp 1.612.931, 2017); medidas socioeducativas e adolescentes grávidas (HC 351.732, 2016); fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa (AgRg no AgRg no AREsp 685.750, 2015); estupro de vulnerável e consentimento (REsp 1.480.881, 2015); prisão domiciliar à mãe presa (HC 291.439, 2014); legitimidade do Ministério Público para propor ação de alimentos (REsp 1.265.821, 2014); legitimidade do Ministério Público para solicitar estudo psicossocial (REsp 1.308.666, 2012); legitimidade do Ministério Público para atuar como substituto processual (REsp 681.012, 2005); expulsão de estrangeiro com prole brasileira (HC 31.449, 2004); vaga em creche para crianças de 0 a 6 anos (REsp 575.280, 2004); fornecimento de medicamentos e separação de poderes (REsp 577.836, 2004).

Responsabilidade civil e danos coletivos (REsp 1.517.973) — 2017

Importante decisão sobre a absoluta prioridade com que devem ser tratados os direitos das crianças e dos adolescentes foi tomada no REsp 1.517.973⁷³⁰, em 2017.

Ação de indenização por danos morais coletivos – pedido de R\$ 1.000.000,00 – foi movida pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco em face da TV e Rádio Jornal do Comércio Ltda., com o pedido de suspensão de programas de televisão cujo conteúdo afrontaria os direitos das crianças e dos adolescentes, além de idosos e pessoas com deficiência. Haveria humilhação desses grupos nos programas apontados e, no caso das crianças, isso se daria especialmente porque um dos programas, chamado Investigação de Paternidade, questionaria a paternidade ou a falta de reconhecimento de paternidade de algumas delas, usando termos jocosos e ofensivos. Foi julgada improcedente em primeira instância e parcialmente procedente em segunda, sendo definido o valor da indenização em R\$ 50.000,00. Entendeu o Tribunal de Justiça que:

Com efeito, muito embora não se fale o nome do infante, sua identidade termina por ser revelada à medida que os pais expõem seus rostos e nomes publicamente, podendo ser reconhecidos pela comunidade, escola e sociedade de um modo geral e inevitavelmente associados ao filho. A maior e mais grave exposição é dada à história de vida da criança, à sua origem biológica e à denegrida imagem de que foi fruto de uma aventura, de uma traição conjugal, de um “não-querer” dos pais biológicos. Dispõe o art. 227 da Constituição da República Brasileira, a qual considera a criança, o adolescente e o jovem como prioridade absoluta do Estado democrático de direito. Desta feita, ainda que os pais tenham concordado em expor seus filhos, a emissora é totalmente

responsável pelo conteúdo de sua transmissão, sendo irrelevante sua intenção de causar o dano. O dano moral coletivo do caso em apreço passa a existir a partir do momento que todas as crianças e adolescentes telespectadores, os quais se encontravam em situação de incerteza quanto a sua origem biológica, foram atingidos moralmente pelo malfadado quadro.

O relator da ação, ministro Luis Felipe Salomão, ressaltou que “a controvérsia está em definir se configura ou não dano moral coletivo indenizável a exibição de quadro em programa televisivo, veiculado na programação da tarde, denominado ‘Investigação de Paternidade’, no qual utilizadas, segundo a inicial, expressões jocosas e depreciativas em relação à concepção de crianças e adolescentes”. Afirmou que o caso em questão não trataria de danos individuais sofridos pelas crianças diretamente expostas nos programas, mas sim “ao objetivo de resguardar os valores constitucionais encartados no princípio da dignidade humana, em especial de crianças e adolescentes, seres humanos em desenvolvimento, cuja incolumidade física, mental, moral, espiritual e social há de ser preservada com absoluta prioridade”. Considerando a jurisprudência do tribunal⁷³¹, ressaltou que a maioria dos precedentes tem admitido a possibilidade de condenação por dano moral coletivo “considerando-o categoria autônoma de dano, para cujo reconhecimento não se fazem necessárias indagações acerca de dor psíquica, sofrimento ou outros atributos próprios do dano individual”, tendo em vista também que essa é uma questão prevista no ordenamento jurídico, principalmente diante da “proteção prioritária (contra todos)”, conforme dispõe o art. 227 da CF. Ressaltou, inclusive, que o STJ reconhece que pode haver dano moral à pessoa jurídica, vide Súmula 277/STJ, sendo, então, bastante plausível que lesões à coletividade de pessoas naturais possam ser indenizáveis.

Assim, conclui-se que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Citando os arts. 76 e 254 do ECA e a Portaria nº 1.220 do Ministério da Justiça, fez a ressalva de que em se tratando de programa de notícias, não haveria classificação indicativa para exibição do programa. Porém, ressaltou que “é de fácil aferição, ao ser humano médio, que esse tipo de programa televisivo (de conteúdo policiaisco e sensacionalista) não apresenta qualquer finalidade educativa, artística, cultural ou informativa própria para os hipervulneráveis em comento”. Desse modo, diante dos prejuízos causados à sociedade, “em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes”, principalmente àqueles cuja vida e filiação foram expostas no programa televisivo, concluiu que:

No caso dos autos, como devidamente assente pelo acórdão estadual, verifica-se que o quadro “Investigação de Paternidade” do programa televisivo, ao expor a identidade (imagens e nomes) dos “genitores” das crianças e adolescentes, tornou-os vulneráveis a toda sorte de discriminações, ferindo o comando constitucional que impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de lhes assegurar, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão (artigo 227 da Constituição da República de 1988).

Assim, considerou o relator ser possível a indenização por danos morais coletivos e, especialmente no caso em

questão, que expôs crianças e adolescentes, que deveriam ser protegidos com absoluta prioridade de programas que geram humilhação e discriminação. Nesse sentido foi acompanhado pelos demais ministros da Quarta Turma, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Sistema socioeducativo e poder de cautela (REsp 1.653.359) — 2017

Em relação ao sistema socioeducativo, a primeira decisão de destaque é no REsp 1.653.359⁷³², em 2017. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs Representação para Apuração de Irregularidades em Centro de Reeducação Social, e a decisão do Juiz da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte determinou liminarmente que o estado apresentasse no prazo de 30 dias um “projeto de correção das irregularidades no Centro de Internação Provisória São Benedito, especificando as ações necessárias e apresentando cronograma de execução, sob pena de multa diária no caso de descumprimento”. O estado questionou a decisão, por meio de agravo de instrumento, por entender que: conforme procedimento previsto no art. 191 do ECA⁷³³, a providência determinada pelo juiz não poderia ter sido tomada, sendo para tanto mais correta a utilização da ação civil pública; a liminar teria caráter satisfativo; o MP não poderia requerer esse tipo de providência estatal, interferindo nas políticas públicas, cujo orçamento necessário também não seria acompanhado de previsão legal.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, concordou com a alegação de que diante da natureza administrativa da apuração, deveria se seguir o rito do art. 191, parágrafo

único, do ECA, que “apenas permite o afastamento provisório do dirigente da entidade, antes de instaurado o contraditório, quando identificado motivo grave, inexistindo qualquer previsão legal de deferimento liminar de medidas relacionadas à remoção das irregularidades nesta fase do procedimento ou apresentação de projetos e cronogramas para tal fim”. Uma vez proposta a ação com o objetivo de remoção das irregularidades, ressaltou que essa era uma atividade atípica do Poder Judiciário e, portanto, deveria se ater à previsão legal, não estando diante de ação de obrigação de fazer, o que seria regido pelos arts. 97 e 193, § 3º, do ECA, cujas consequências seriam diferentes. Além disso, a definição de prazo para resolução das irregularidades poderia se dar apenas ao final do processo, respeitados o contraditório e a ampla defesa.

No recurso especial, ressaltou o Ministério Público que:

violação do art. 193, § 3º, do ECA, sob o fundamento de que a autoridade judiciária pode, liminarmente, sem prévia oitiva do requerido, e com base em prova produzida antecipadamente, inclusive por meio de inspeção judicial, fixar prazo para a remoção das irregularidades no âmbito do procedimento previsto pelo referido dispositivo. Isso porque na disciplina legal do procedimento administrativo de apuração de irregularidades – arts. 191 a 193 do ECA – não há vedação à concessão de liminar antes da aplicação de uma das medidas do art. 97 do citado estatuto. Se assim não fosse, o art. 191, parágrafo único, do ECA não autorizaria que a autoridade judiciária decretasse liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, medida mais drástica que a remoção das irregularidades. Ademais, defende que o poder de cautela previsto no art. 153 permite ao juiz agir de ofício em âmbito judicial.

O relator, ministro Herman Benjamin, destacou que o Tribunal de Justiça não se atentou à relevância e à urgência no saneamento das irregularidades, apenas na falta de previsão legal para a decisão tomada em primeira instância, sem respeito ao contraditório e à ampla defesa. Seu entendimento foi o de que as irregularidades configuradas na unidade de internação – esgoto entupido, acúmulo de lixo, presença de ratos, necessidade de reparos e superlotação – afrontam a saúde e a dignidade “de crianças e adolescentes sob a custódia de entidade governamental, assegurada a proteção integral e prioritária por parte do Estado, nos termos dos arts. 1º, 3º e 4º do ECA”. E ressaltou ainda que:

nenhum dispositivo legal inserido no microsistema de proteção e garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes pode ser interpretado com abstração dos princípios e finalidades para o qual foi criado. É nesse contexto que deve ser compreendido o poder do magistrado de que trata o art. 193, § 3º, do ECA para fixar prazo para a remoção das irregularidades verificadas, antes de aplicar qualquer das medidas previstas no art. 97. A falta de previsão explícita de medidas acautelatórias ou antecipadas no procedimento de apuração de irregularidades em entidade de atendimento (arts. 191 a 193 do ECA) não exclui a regra geral estabelecida no art. 152 do Estatuto, no sentido de que “aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Assim, mencionando a possibilidade prevista no art. 461 do CPC/73⁷³⁴, de que o magistrado, independentemente de ser ou não da Vara da Infância e da Juventude, possa conceder tutela específica que assegure o resultado

prático esperado, nos arts. 152⁷³⁵ e 153⁷³⁶ do ECA – este último que possibilita a adoção de “providências necessárias” e na teoria dos poderes implícitos sustentada pelo Supremo Tribunal Federal –, assegurou o poder do Juiz da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte “para adotar todas as medidas vocacionadas à efetiva, preferencial e integral proteção dos direitos juridicamente tutelados pelo ECA, observada a razoabilidade e proporcionalidade”⁷³⁷. O julgamento foi unânime, tendo acompanhado o relator os demais ministros da Segunda Turma: Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão.

Neste caso, ficou indicado que as formalidades processuais devem estar em benefício das crianças e dos adolescentes, não se permitindo que seus direitos e suas garantias sejam tolhidos. Especialmente o ECA estabeleceu, em uma série de dispositivos, a maior abrangência na atuação dos órgãos que devem proteger tais direitos, considerando também com especial atenção aqueles adolescentes em cumprimento de medida de internação, que deve ser situação breve e excepcional, e tornando a atuação estatal ainda mais necessária. A situação das unidades socioeducativas é extremamente precária, acarretando violações sistêmicas na vida das pessoas que ali cumprem suas penas ou medidas socioeducativas. Portanto, a atuação judicial deve estar pronta e apta a combater essas questões.



Pensão por morte à criança ou adolescente sob guarda (REsp 1.411.258) — 2017

Uma questão recorrente no STJ é a questão do direito ao benefício previdenciário da pensão por morte à criança ou ao adolescente sob guarda. Para entender com mais

detalhes a dinâmica que envolve esse entendimento ao longo dos anos, vale a leitura do tópico específico sobre inclusão de dependente. Contudo, o que se faz necessário neste momento é compreender as razões apresentadas no julgamento do REsp 1.411.258⁷³⁸, em 2017, que uniformizou o entendimento sobre o assunto.

O caso originou-se de pedido de recebimento de pensão por morte diante do falecimento de avó materna, que tinha a guarda da criança desde a morte de sua mãe. O pedido foi indeferido pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), sendo necessário o ajuizamento de ação judicial. Tendo sido garantido esse direito pelas instâncias inferiores, o INSS interpôs recurso especial em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 4ª Região, que assentou que “a nova redação dada pela Lei n.º 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários”⁷³⁹.

O questionamento do INSS estava justamente na defesa da não inclusão da criança sob guarda no rol de dependentes previdenciários com a modificação feita pela Lei n.º 9.528/1997 na Lei n.º 8.213/1991 e, tendo ocorrido o óbito do segurado já na vigência da nova lei, seria indevida a concessão de benefício à criança sob guarda. O Ministério Público Federal, por sua vez, opinou pelo não conhecimento do recurso.

O ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho primeiro conheceu do recurso por entender que não se aplicaria ao caso a Súmula 126/STJ⁷⁴⁰, porque assim como em demandas que envolvem direito previdenciário e proteção de crianças e adolescentes, por exemplo, “a interseção

do acórdão recorrido com dispositivos da Carta Magna é apenas oblíquo, reflexa ou indireta”. Inclusive, citou uma série de decisões em que o STF tem inadmitido recursos extraordinários por entender que a ofensa à Constituição Federal seria reflexa.

Em relação ao mérito, primeiro ressaltou a mudança legislativa ocorrida, que levou à discussão. Basicamente ela se deu porque o ECA previu, em seu art. 33, § 3º, que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”. No mesmo sentido, a Lei nº 8.213/1991 (que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social), em seu art. 16, inciso I, § 2º, estabelecia como dependentes do segurado o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, sendo comparados a este “o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação”⁷⁴¹. Contudo, a Medida Provisória nº 1.523/1996, depois convertida na Lei nº 9.528/1997, alterou a redação do § 2º, passando a equiparar ao filho apenas “o enteado e o menor tutelado”, deixando de tratar da criança e do adolescente sob guarda. Ressaltou o relator que, depois dessa mudança, o STJ passou a entender que aqueles que estavam sob guarda não teriam mais direito à pensão, apesar de algumas decisões mais recentes se darem em sentido distinto. Alegou, contudo, que:

Não se deve perder de vista que a condição de dependência do menor resulta de situação essencialmente fática, cabendo-lhe o direito à pensão previdenciária sempre que o mantenedor (segurado do INSS) faleça, a fim de não se deixar o hipossuficiente ao desabrigo de qualquer proteção, máxime quando se achava sob guarda, forma de tutela que merece estímulos, incentivos

e subsídios do Poder Público, conforme compromisso constitucional assegurado pelo art. 227, § 3º, VI da Carta Magna, além de atentar contra a proteção da confiança com aquele já devidamente cadastrado como dependente do segurado, mediante a prática de ato jurídico administrativo perfeito, pelos agentes do INSS.

Desse modo, a alteração legislativa em questão não acabou com a situação de dependência econômica que existe, configurando “um retrocesso normativo nas diretrizes constitucionais de isonomia e proteção à criança e ao adolescente”, cujos interesses, conforme art. 227, § 3º, II, III e IV, deveriam ser tratados com absoluta prioridade. Sustentou que norma infraconstitucional não pode “subtrair, modificar ou encurtar o alcance” das normas constitucionais, sendo inclusive, no que toca os direitos sociais, estabelecido o princípio da vedação ao retrocesso. Especialmente em relação à Previdência Social, que se volta à “integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e que se encontram em situações sociais adversas [...] deve-se prevenir, com absoluta prioridade, que os destinatários da pensão por morte, no momento do infortúnio da morte do seu guardião em que justamente se encontram desamparados, se exponham a riscos que façam periclitarem a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna)”.

Ainda que se considere que a Lei nº 8.213/1991 deixou de mencionar os “menores sob guarda”, o ECA traz artigo específico que garante a eles os benefícios previdenciários:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Assim, o relator, conhecendo o recurso, negou seu provimento, mantendo as decisões anteriores e entendendo pela garantia da pensão por morte à criança diante do falecimento de sua avó.

A ministra Assusete Magalhães também proferiu voto mais extenso sobre a questão, acompanhando na decisão o relator. A ministra citou o julgamento do EREsp 727.716⁷⁴², que envolvia a inconstitucionalidade da Lei nº 9.528/1997, mencionado anteriormente no relatório, em que os ministros da Corte Especial chegaram à conclusão de que no caso haveria “um vazio legislativo, e não, propriamente, vedação do direito do menor”. Também ressaltou a previsão do art. 227, *caput* e § 3º, II, da CF, que consagrou especialmente a proteção integral dos direitos previdenciários, sem fazer distinções entre aqueles que estariam sob guarda ou sob tutela. Destacou que a alegação de que a não equiparação seria medida necessária para evitar fraudes, conforme sustenta o INSS, “não se justifica, porque, na forma do *caput* do art. 227 da Constituição da República, a prioridade absoluta do legislador ordinário deve ser assegurar o direito previdenciário do menor, e não – como quer fazer crer o recorrente – evitar o impacto financeiro decorrente do reconhecimento do direito, mesmo porque eventuais práticas abusivas ou fraudulentas, se porventura existentes, devem ser debeladas pelos meios adequados”. Assentou ainda a norma específica trazida no art. 33, § 3º, do ECA e fez uma ponderação

que não havia sido trazida pelo relator sobre a necessidade de comprovação da dependência para a concessão do benefício, porque assim também se exige do enteado e do tutelado, conforme art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991.

Por fim, considerando que se tratava de resolução de tema repetitivo, foi fixada a seguinte tese: “o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária” (Tema Repetitivo 732).

Essa decisão mostra-se relevante porque o entendimento do tribunal se deu de modo a não permitir que crianças e adolescentes possam ser colocados em situação de desigualdade, quando, na verdade, devem ser colocados em situação de prioridade. Argumentos como o perigo de fraudes no recebimento de benefícios não podem ser capazes de trazer prejuízos àqueles que se encontrem, principalmente, em situação de vulnerabilidade. É de se comparar também que a questão é analisada pelo STJ em duas frentes, tanto pela perspectiva da possibilidade de concessão de pensão à criança e ao adolescente sob guarda, quanto pela perspectiva de análise se o pedido de guarda tem fins previdenciários. De qualquer maneira, em ambos os casos, a situação deve ser, e tem sido, decidida de modo a priorizar os interesses das crianças.



Responsabilidade civil na divulgação de imagens e informações sobre adolescente envolvido em ato infracional (REsp 1.442.083) — 2017

Uma decisão de destaque está inserida na questão da responsabilidade civil. Nesse caso, o que se coloca em evidência é a divulgação de imagens e informações pessoais de adolescente a quem se atribui a prática de atos infracionais.

No julgamento em 2017, no REsp 1.442.083⁷⁴³, o que estava em jogo era um pedido de indenização por danos morais em face de emissora de televisão (Televisão Vitória S.A.) e seu responsável diante da divulgação de imagem e uso de “expressões ofensivas” no programa *Balanço Geral*. Em primeiro grau, a ação foi julgada procedente, sendo fixada indenização no valor de R\$ 10.000,00, decisão que foi reformada em segundo grau, em que se entendeu que “o fato de o apresentador classificar uma conduta praticada como covarde, in casu não gera dano moral tendo em vista que comprovadamente a conduta do apelado de fato revela-se covarde quando atinge uma outra menor com um chute pelas costas, o que lhe poderia causar sérios danos”. No recurso especial, a alegação foi de violação ao direito de imagem do adolescente, que foi feita sem qualquer tipo de artifício que pudesse torná-lo não identificável, “em matéria sensacionalista de ato infracional sem qualquer contextualização com o caos do atendimento público de saúde”⁷⁴⁴.

O voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, ressaltou que seriam relevantes as seguintes informações: “i) o recorrente era menor impúbere quando divulgada a reportagem; ii) as imagens do menor foram repetidas vezes reproduzidas, inclusive em câmera lenta; iii) a situação de conflito de que participava o menor poderia ser interpretada como ato infracional; iv) o apresentador afirmou que o menor era ‘covarde’ e, em conjunto das demais pes-

soas, deveria ir para a cadeia”. Diante disso, considerou ter havido violação ao art. 143 do ECA, pois o programa divulgou, com possibilidade de identificação, imagem e dados de adolescente a quem se atribuiu ato infracional, o que é vedado “independente do grau da reprovabilidade da conduta do menor”. E mais: “a divulgação da imagem de crianças e adolescentes em situações de contravenção fere a sua sensível e peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, além de constituir infração administrativa disciplinada pelo art. 247, do ECA”.

Além disso, ressaltou que “a preservação da imagem e da intimidade dos menores, em tenra idade ou prestes a alcançar a maturidade, é reflexo do comando constitucional da sua proteção integral, com absoluta prioridade em assegurar seus direitos fundamentais (arts. 227, da CF/88, 4º do ECA)”, além de estar prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Não apenas as imagens, mas as referências às iniciais do nome do adolescente não podem ser divulgadas, conforme redação conferida pela Lei nº 10.764/2003 ao parágrafo único do art. 143 do ECA. Acompanhada pelos demais ministros da Terceira Turma, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (presidente) e Moura Ribeiro, a ministra Nancy Andrichi deu provimento ao recurso especial.

Sistema socioeducativo e atendimento especializado (REsp 1.612.931) — 2017

Outra decisão de destaque em relação ao sistema socioeducativo é o REsp 1.612.931⁷⁴⁵, cuja decisão foi proferida em 2017. A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul para que o estado fosse obrigado a implementar (ou restabelecer, por-

que extinto no ano de 2010) na cidade de Campo Grande “plantão de 24 horas na Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude, a fim de que todo menor apreendido em flagrante seja ouvido e atendido na referida instituição, impedindo que sejam colocados em ambiente carcerário constituído para imputáveis, em concomitância com presos maiores”. Segundo consta do relatório, a argumentação para essa decisão estaria fundamentada na “violação a direitos fundamentais, sobretudo da segurança pública de menores e sua integridade física e mental”, o que tornaria legítima a atuação do MP. Em primeira instância a ação foi julgada procedente, sendo fixado o prazo de 60 dias para a implementação do plantão requerido, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, além do esclarecimento, 48 horas antes deste prazo, sobre como se daria tal funcionamento (“local, quantos novos delegados, escrivães e investigadores estarão a serviço da DEAIJ”). O Tribunal de Justiça entendeu que o Poder Judiciário não poderia intervir na questão, porque se tratava de matéria de política administrativa, sendo a decisão de alocação de delegados ligada à conveniência e oportunidade da Administração. Desse modo, caberia ao estado de Mato Grosso do Sul dispor sobre sua política de segurança pública, apesar dos motivos relevantes elencados pelo autor da ação.

O relator, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, pausando-se no art. 227 da CF e nos arts. 4º, 18 e 25 do ECA, colocou como foco a questão da “imprescindibilidade de proteção e amparo especializado à criança e adolescente”. Além disso, caberia ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, cuja discricionariedade não é absoluta, sem que isso se confunda com a avaliação de “valores morais” utilizados. Olhando o caso, então, demonstrou que a ação estava baseada no que dispõe o art. 172 do ECA⁷⁴⁶ e também nas Regras de Bei-

jing, em que se busca atendimento competente e especializado, principalmente em grandes centros urbanos, aos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais.

Analisando o caso concreto, apesar de haver uma delegacia especializada na cidade, não existia o plantão de 24 horas, gerando uma situação de violação aos dispositivos mencionados em relação àqueles adolescentes que eram levados à delegacia fora do horário de funcionamento.

13. De fato, o exercício do poder discricionário encontra limites na lei, não podendo a Administração agir fora de suas disposições e previsões. Na espécie, há efetivo descumprimento da obrigatoriedade da especialização da Polícia responsável pela apreensão e cautela do menor infrator. Se não total, ao menos parcial, para aqueles que são recolhidos fora do horário de expediente da repartição especial.

14. Conforme narra a exordial, a situação gera irregularidades extremamente indesejadas, com a indevida comunicação dos adolescentes apreendidos em flagrante com presos imputáveis, expondo-os a maus-tratos e agressões físicas, em evidente descumprimento às regras básicas de proteção ao menor, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente –ECA.

Desse modo, afasta-se uma análise sobre valores morais da Administração e evidencia-se “efetiva preterição de uma prioridade imposta pela Constituição Federal de 1988, e de uma conduta contrária à lei, nacional e internacional, constituindo hipótese legalmente aceita de intervenção do Poder Judiciário nos atos da Administração praticados com suporte no poder discricionário”⁷⁴⁷. Foi, portanto, mantida a sentença de primeiro grau, modificada apenas na questão do prazo, aumentado para 120 dias diante da complexidade em se planejar e executar uma política pública.

O ministro Gurgel de Faria votou de maneira distinta, depois de pedir vista dos autos. Apesar de concordar com a possibilidade de controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, entendeu, segundo jurisprudência do STJ, que isso poderia se dar quando houvesse “abuso por parte do administrador”, o que não haveria no caso em questão. Apesar da redação do art. 172, o ECA teria previsto hipóteses em que não há o atendimento especializado, como consta do art. 175, § 2º:

Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

Desse modo, não haveria justificativa para o controle no caso. O ministro Gurgel de Faria ficou vencido no julgamento, tendo sido acompanhado pelo ministro Benedito Gonçalves. Já com o relator votaram os ministros Sérgio Kukina e Regina Helena Costa.

Questões como essa, que envolvem o atendimento especializado aos adolescentes que praticam atos infracionais, bem como discussões sobre o local de cumprimento da medida socioeducativa, revelam o entendimento, mais uma vez, de que crianças e adolescentes devem receber tratamento prioritário, voltado às suas particularidades de pessoa em desenvolvimento, que merecem proteção integral.

Como já destacado, questões relativas a atos infracionais cometidos por adolescentes configuram a maior parte das decisões contempladas neste estudo, sendo uma das matérias mais decididas pelo STJ em relação às crianças e aos adolescentes. Apesar desse número alto de decisões, quase nenhuma delas coloca como aspecto central a prioridade absoluta com que deve ser tratado esse público. Ressaltando esse dado, aqui se coloca em evidência uma decisão cuja fundamentação aproximou-se dessa expectativa.

Ela se deu no HC 351.732⁷⁴⁸, proferida em 2016 pela Sexta Turma do STJ, que tinha como paciente uma adolescente – que no momento do julgamento do HC era mãe de um bebê de 10 meses, em período de amamentação – a quem foi aplicada medida socioeducativa de internação em razão da prática de ato infracional análogo aos crimes de homicídio e receptação. Depois de cumpridos seis meses da medida, houve reavaliação, tendo o Ministério Público opinado pela manutenção da internação e o defensor pela substituição por medida mais branda. O Relatório Psicossocial do Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE) indicou que a adolescente teria “consciência da gravidade do ato cometido” e, “além das rotinas de cuidado com o filho [...] realizado as demais atividades proporcionadas pela unidade”, sendo interação e cuidados para com a criança indicadores de que ela buscaria se afastar do “universo infracional”. Contudo, foi determinada a continuidade da medida de internação, porque “as circunstâncias e a gravidade da infração cometida, bem como a falta de amadurecimento para voltar ao convívio social, exigem a realização pela equipe técnica de uma análise mais aprofundada e por um período mais longo, para uma avaliação mais madura”.

Tendo impetrado HC no Tribunal de Justiça, este foi denegado por entendimento de que o ato infracional cometi-

do era muito grave e que na unidade de internação haveria estrutura necessária para que ela pudesse amamentar a filha recém-nascida. Foi então impetrado o presente HC, em que a Defensoria Pública alegou que a decisão em primeiro grau contrariou Relatório Psicossocial de Reavaliação e que as “unidades de internação do Estado não apresentam condições físicas adequadas para que adolescentes privadas de liberdade possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, em afronta ao § 2º do art. 43, da Lei n.º 12.594/2012 (SINASE)”.

A ministra Maria Thereza de Assis Moura assentou que a gravidade do ato cometido não poderia justificar por si só a manutenção da internação, ressaltando os princípios de brevidade e excepcionalidade:

A privação da liberdade do menor é albergada pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme disposição expressa no artigo 227, parágrafo 3.º, inciso V, da Constituição Federal. Dentre os princípios apontados, destaca-se o da excepcionalidade, que assegura ao adolescente a inaplicabilidade da medida de internação quando houver a possibilidade de aplicação de outra menos onerosa ao seu direito de liberdade. Assim, embora as medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes que tenham cometido atos análogos a crimes possuam status de sanção, não se pode olvidar que, em última análise, trazem em seu bojo um caráter protetivo e pedagógico a ser implementado diante da necessidade de cada indivíduo.

Ressaltou, ainda, que o Marco Legal da Primeira Infância tratou do regime domiciliar para mulheres presas de modo a ampliar essa possibilidade, objetivando-se a proteção das crianças. Também é a redação trazida pelo

art. 117, III, da Lei de Execução Penal (LEP)⁷⁴⁹, e adolescentes que cumprem medida socioeducativa possuem os mesmos direitos daqueles maiores de 18 anos. Considerou que o ambiente familiar é o melhor para a criança, levando em conta ainda, no caso concreto, que a adolescente vivia com a avó, que trabalhava o dia todo, e que o pai da criança também estaria preso, sendo ela a responsável pelos seus cuidados. Assim, considerou que o art. 117 da LEP deveria ser aplicado ao caso, associado aos arts. 3º, 118 e 119 do ECA, “de maneira a permitir que a paciente permaneça em liberdade assistida em residência particular, a fim de garantir o cuidado de seu filho menor”. Além disso, entendeu necessária a imposição de medidas previstas no art. 101, II e III, do ECA⁷⁵⁰, a fim que o trabalho de reeducação que vinha sendo realizado na unidade de internação pudesse ser continuado, “com recomendação de que a jovem permaneça matriculada no curso profissionalizante mencionado pelo Centro de Atendimento Socioeducativo”.

O julgamento foi unânime, tendo sido a ministra relatora acompanhada pelos ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro.

O destaque para esse caso se dá porque ele congrega algumas questões bastante recorrentes no que diz respeito a atos infracionais. Primeiro, envolve medida socioeducativa de internação, a mais frequente entre as decisões do tribunal. Segundo, envolve a possibilidade de substituição por medida mais branda, também assunto de destaque cujos parâmetros são colocados para julgamento pelo STJ. Terceiro, tem como fator importante o local em que a medida é cumprida, nessa circunstância agravado pelo fato de a adolescente ser mãe de uma criança de, então, 10 meses, que ainda estaria em fase de amamentação e fica-

ria com ela na unidade. Além disso, destacam-se os princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que devem guiar a medida de internação. Assim como a concessão de prisão domiciliar às mulheres presas, esta decisão impacta duplamente nos direitos das crianças e dos adolescentes, visto que envolve adolescente representada pela prática de ato infracional e criança, sua filha, que também deve ser protegida, tendo direito à convivência materna em local apropriado.



Fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa (AgRg no AgRg no AREsp 685.750) – 2015

Relacionado à questão da saúde, especialmente sobre fornecimento de medicamentos pelo Estado para crianças e adolescentes, o destaque que se faz é sobre aqueles que não contam com registro na Anvisa.

No AgRg no AgRg no AREsp 685.750⁷⁵¹, em 2015, o questionamento do agravo era em relação à decisão que deu provimento ao recurso especial, determinando que a União fornecesse o medicamento Diacomit a uma criança de 9 anos, a fim de minimizar as consequências (convulsões epiléticas) da síndrome de Dravet, com base nos arts. 196 e 227 da CF. O medicamento teria sido prescrito depois de esgotados todos os tratamentos previstos na rede pública de saúde. A União alegou, entre outras questões processuais, que o medicamento não possuía registro na Anvisa, devendo ser afastada a determinação.

O voto do relator, ministro Sérgio Kukina, foi bastante semelhante com o que chegou a proferir no AgRg no REsp 1.330.012⁷⁵², em 2013:

Trata-se o postulante, como dito, de criança, cujo interesse encontra-se normativamente respaldado na Constituição Federal (arts. 196 e 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 11 e seguintes), convergindo, nesse mesmo sentido, o art. 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), diploma ratificado pelo governo brasileiro por intermédio do Decreto Presidencial nº 99.710/90. Em tal cenário, desponta a prevalência da proteção integral dos direitos da infância e da adolescência, em regime de prioridade absoluta, notadamente em relação à efetivação de seus direitos fundamentais, dentre eles o acesso aos meios asseguradores da saúde.

Essa circunstância faz com que fossem afastadas as alegações de óbices processuais, como da Súmula 735/STF⁷⁵³ e da Súmula 7/STJ⁷⁵⁴. Sobre a questão da falta de registro na Anvisa, sustentou que “de modo algum se pode afirmar que tal detalhe retiraria a verossimilhança do direito buscado pela criança, que, como antes mencionado, encontra denso e relevante lastro jurídico na Constituição, no ECA e na correlata Convenção Internacional”. Assim sendo, rememorando as razões apresentadas quando do julgamento do recurso especial, ressaltou que o medicamento tinha sido indicado tanto pela perícia médica da Defensoria Pública da União quanto pelo neurocirurgião que acompanhava a criança, como única alternativa de tratamento. Além disso, sendo a saúde um direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF) e sendo as crianças e adolescentes protegidos de forma prioritária (art. 227, CF), seria devido o medicamento pleiteado.

O relator foi seguido pelos demais ministros da Primeira Turma: Regina Helena Costa, Olindo Menezes

(desembargador convocado do TRF 1ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves.

Essa disputa coloca mais uma camada de resolução por parte do STJ para além dos muitos litígios envolvendo o fornecimento de remédios e tratamentos. A especificidade da ausência de registro pela Anvisa de alguns medicamentos não se destaca apenas em relação às crianças e aos adolescentes. Contudo, chama ainda mais atenção como a burocracia do órgão, diante da demora em aprovar medicamentos já comprovados por órgãos internacionais e utilizados em outros países, tem colocado muitas crianças em situação grave de saúde ou mesmo acarretado sua morte, pela ausência de tratamento capaz de curá-las ou de lhes dar melhores condições de vida. Decisões como a destacada evidenciam que a prioridade absoluta com que devem ser tratadas crianças e adolescentes precisa enfrentar a ausência de registro, garantindo o tratamento adequado a quem precisa.

Estupro de vulnerável e consentimento (REsp 1.480.881) — 2015

Diante do escopo de proteção contra violência sexual perpetrada contra crianças e adolescentes na Constituição Federal e do alto número de decisões relacionadas a essa questão nos últimos anos no STJ, vale menção aqui a um caso. O REsp 1.480.881⁷⁵⁵ foi julgado pela Terceira Seção em 2015 e tratou do crime de estupro de vulnerável.

O caso envolvia denúncia de estupro de vulnerável, com base no art. 217-A do CP, contra homem maior de 18 anos, que manteria um namoro com a vítima desde seus 8 anos, tendo com ela praticado relações sexuais a partir de seus 11 anos. Em primeira instância, entendeu-se que

incide “na sanção do art. 217-A do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação”. Já a 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, nos termos do voto do desembargador Erivan Lopes, entendeu que a vítima “tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual”, não tendo havido violência real. Também assentou que a vulnerabilidade “deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário”.

A divergência no caso estava em saber se o consentimento da vítima com menos de 14 anos seria relevante ou não e, assim, se poderia ser descaracterizado o crime de estupro de vulnerável. A sustentação do Ministério Público do Estado do Piauí foi a de que independe de consentimento, tendo o tipo penal em questão “considerações objetivas e taxativas”. A violência seria presumida, bastando que pessoa maior de idade soubesse que a vítima tinha menos de 14 anos e com ela praticasse conjunção carnal. Em contrarrazões, o acusado, além de alegar erro de tipo, sustentou que no crime de estupro de vulnerável “deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido”.

O ministro Rogério Schietti Cruz, relator, proferiu longo voto. Ressaltou que antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, “a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos”. Precedentes do STJ

indicavam a irrelevância do consentimento nesses casos, e a atual redação do art. 217-A do CP não deixaria dúvidas em relação a isso. O ministro acentuou que o julgamento pelo Tribunal de Justiça “seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu”:

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados. No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com “grau de discernimento”, segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade”. Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo.

Em relação ao momento em que se poderia garantir o consentimento da vítima, o ministro sustentou que essa não era tarefa do magistrado e que a questão tinha sido definida pelo legislador, sendo os 14 anos. Mostrando uma linha histórica de mudanças no direito penal, sustentou ainda que “de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação

com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infantojuvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal”. Mencionou como parâmetros a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o art. 227 da CF. Sustentou também que a evolução tecnológica deve ser uma aliada, e não uma inimiga da proteção de crianças e adolescentes.

O ministro ainda destacou que o tipo penal do art. 217-A do CP não trata de “vulnerabilidade”, bastando que “o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima”. E afastou alegação de “aceitação” da comunidade em que vivem, uma vez que a própria mãe da vítima teria se casado aos 13 anos. Segundo o relator, tal consideração “desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227 da CF), bem como na Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º)”.

Votaram os ministros da Terceira Seção – Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (desembargador convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura – no sentido de dar provimento ao recurso especial. Em se tratando de recurso especial repetitivo, foi fixada a seguinte tese: “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime” (Tema Repetitivo 918).

A consideração sobre os crimes praticados contra crianças e adolescentes, especialmente os crimes de natureza sexual, faz-se pelo destaque dessas decisões no universo daquelas proferidas pelo STJ, que também contam como menção específica pelo art. 227 da CF.

Prisão domiciliar à mãe presa (HC 291.439) – 2014

Uma importante decisão aqui destacada em relação à prioridade absoluta, no HC 291.439⁷⁵⁶, em 2014, tratava da substituição de prisão preventiva por domiciliar de mulher acusada da prática dos crimes de tráfico e associação ao tráfico de drogas (arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006), mãe de duas crianças (que, à época, ainda amamentaria). No relatório, do ministro Rogerio Schietti Cruz, ficou demonstrada a circunstância em que ocorreu a prisão. Policiais efetuaram a prisão de dois homens que estavam carregando drogas. Logo em seguida, os policiais foram até a casa da paciente do HC aqui analisado, porque foram informados de que os dois homens frequentariam sua casa e de seu companheiro, e lá, sob o forro de madeira do quarto, encontraram cocaína, cuja existência ela negou ter ciência. Houve conversão da prisão em flagrante em preventiva diante da gravidade do crime de tráfico de drogas, garantindo-se a ordem pública, sendo o pedido de conversão em prisão domiciliar indeferido com os mesmos fundamentos.

O do relator, que foi acompanhado pelos demais ministros, considerando o que dispunha o art. 318 do CPP com redação dada pela Lei nº 12.403/2011 e a comprovação de que a paciente era mãe de duas crianças, não tinha registro criminais e o companheiro também estava preso preventivamente, não conheceu do HC, mas concedeu a ordem de ofício para substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Na sua fundamentação, o relator rebateu defesa que fez o Professor Gustavo Badaró⁷⁵⁷, de que o art. 318 do CPP trata de um dever do juiz converter a prisão preventiva pela domiciliar, sendo esta uma forma de prisão preventiva e não uma modalidade alternativa à prisão. O ministro entendeu que a conversão não poderia ser considerada um dever, porque, neste caso, haveria uma situação de impossibilidade de aplicação de prisão preventiva “em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão”. Contudo, no caso em julgamento, tal medida seria justificada “por razões humanitárias”. Chegou a citar um precedente em que já teria havido aplicação da prisão domiciliar, mas o que fez essa decisão ser diferente das anteriores foi a fundamentação guiada pelo art. 227 da CF:

Há que se ressaltar a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90.

Embora não conte com fundamentação extensa, essa decisão foi aqui destacada justamente porque, considerando as decisões no Superior Tribunal de Justiça⁷⁵⁸ que tratam de assuntos relacionados às crianças e aos adolescentes, esta é a primeira a tratar da possibilidade de prisão domiciliar de mães presas valendo-se do argumento da prioridade absoluta. É de se notar, também, que, conforme presente no gráfico apresentado anteriormente, é a partir de 2014 que existe um crescimento das decisões referentes a esse assunto, praticamente inexistente até então.

Como destacado na seção específica referente às decisões do Supremo Tribunal Federal, o marco mais significativo a respeito do assunto é, de fato, o julgamento do HC 143.641 pela corte, mas mostra-se aqui que mesmo antes dele o STJ já havia se pronunciado a respeito, que não trata apenas da aplicação normativa, mas da essência que está voltada à proteção da Primeira Infância, tornando possível a convivência materna (ou paterna). A questão relativa ao encarceramento e os direitos das crianças e dos adolescentes ainda é conflituosa, mesmo com as alterações legislativas e jurisprudenciais elencadas.

Legitimidade do Ministério Público para propor ação de alimentos (REsp 1.265.821) — 2014

Outra decisão de destaque em termos de prioridade absoluta diz respeito à legitimidade do Ministério Público em propor ação de alimentos representando crianças e adolescentes. A decisão destacada se deu no REsp 1.265.821⁷⁵⁹, em 2014.

O caso teve início com ação de alimentos proposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia em benefício de cinco crianças contra seu genitor. A ilegitimidade ativa do MP para propor esta ação foi assentada pelo Juízo de Direito da Vara Cível e Comercial da Comarca de Livramento de Nossa Senhora (BA), tendo em vista que as crianças se encontravam sob o poder familiar. O Tribunal de Justiça também confirmou o entendimento pela falta de legitimidade. Em recurso especial, o MP alegou violação ao art. 201, III, do ECA, pleiteando “o reconhecimento de sua legitimidade ativa para a propositura de ações de alimentos, independentemente da situação do menor”⁷⁶⁰.

O relator, ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, ressaltando a necessidade de uniformização da jurisprudência, demonstrou que o STJ, até aquele momento, tinha tomado três entendimentos distintos sobre o assunto. Uma primeira linha reconhecia a legitimidade do MP, que, conforme ementa citada no REsp 1.269.299⁷⁶¹, entenderia que “é socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, na defesa dos economicamente pobres, também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública”. Uma segunda linha entendia pela ilegitimidade do MP para tal ação, cujo fundamento, por sua vez, foi representado pelo relator no REsp 659.498⁷⁶²: “o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal”. Havia ainda uma terceira linha, que reconhecia a legitimidade quando não houvesse “Defensoria Pública instalada na comarca ou que o serviço prestado seja precário”.

O ministro ressaltou também que a divergência se daria, basicamente, pela interpretação do art. 201, III, do ECA⁷⁶³, de modo conjunto ou não com o art. 98⁷⁶⁴ do mesmo diploma. Contudo, não acreditava que seria por meio dessa perspectiva que a questão poderia ser resolvida. Primeiro, analisou a competência do MP, que deve começar pelo parâmetro constitucional, o que, conforme art. 127, da CF, coloca-o como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Além disso, no art. 129, da CF, existe a exemplificação de algumas de suas atividades, sendo que o inciso IX “permite à legislação infraconstitucional o incremento de outras atribuições, desde que compatíveis com a vocação constitucional do Parquet”, ou seja, ela

pode disciplinar a atuação do MP, mas nunca suprimir ou colocar embaraços às suas funções. Desse modo, em se tratando de direitos individuais indisponíveis, “não há dúvida de que a defesa dos interesses de crianças e adolescentes, sobretudo no que concerne à sua subsistência e integridade, insere-se nas atribuições centrais do Ministério Público”. Inclusive porque, conforme o art. 227 da CF, esses direitos devem ser tratados com absoluta prioridade:

Deveras, é da própria letra da Constituição Federal que se extrai esse dever que transcende a pessoa do familiar envolvido, mostrando-se eloquente que não é só da família, mas também da sociedade e do Estado, o dever de assegurar à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação” (art. 227, *caput*), donde se extrai o interesse público e indisponível envolvido em ações direcionadas à tutela de direitos de criança e adolescente, das quais a ação de alimentos é apenas um exemplo.

O ministro citou precedente do STF, em julgamento da ADI 3.463⁷⁶⁵, de 2011, em que se assentou pela constitucionalidade de norma que aumentou as atribuições do MP em relação à defesa de crianças e adolescentes. Mesmo considerando o próprio STJ, ressaltou decisões em que se assentou a legitimidade do MP em matérias de saúde e educação, por exemplo, ou ainda para ajuizar ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, defendendo que não se poderia dizer que tal entendimento não se aplicaria às ações de alimentos.

Os direitos à saúde e à alimentação são garantidos diretamente pela Constituição Federal com prioridade absoluta (art. 227, *caput*), de modo que o Ministério Pú-

blico detém legitimidade para buscar, identicamente, a concretização, pela via judicial, de tais direitos de especial estatura.

Reforçou a importância de reinterpretar de legislações sobre o assunto anteriores à Constituição Federal de 1988 e ao ECA, diante da doutrina da proteção integral, também presente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, da ONU. Desse modo, seria equivocada limitar a interpretação do art. 201 do ECA às hipóteses previstas no art. 98 – “quando houver violação de direitos por parte do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou em razão da conduta da criança ou adolescente, ou ainda quando não houver exercício do poder familiar” –, sendo esta uma interpretação compatível com a já não mais existente doutrina do “menor em situação irregular”. Por fim, ainda diferenciou o papel do MP, enquanto substituto processual, e da Defensoria Pública, representante processual, uma vez que a legitimidade do primeiro está ligada à “omissão dos pais ou responsáveis na satisfação dos direitos mínimos da criança e do adolescente, notadamente o direito à alimentação”, que não seria suprida pela existência de uma Defensoria Pública eficiente, uma vez que ainda seria necessária a atuação dos representantes, que podem, por motivos diversos, não buscar o melhor à criança que representam.

Concordando com o relator, o ministro João Otávio de Noronha também afirmou que o MP e a Defensoria Pública têm papéis diversos, sendo que o MP poderá atuar quando houver “negligência da família, da mãe, do parente legitimado”, o que não poderia ser feito pela Defensoria. Desse modo, chegou-se a entendimento pela legitimidade do MP e, diante de exigência do art. 543-C do CPC/73, foram fixadas as seguintes teses de julgamento: “(i) o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de

alimentos em proveito de criança ou adolescente; (ii) a legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o infante se encontrar nas situações de risco descritas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca” (Tema Repetitivo 717).

O papel do MP em relação às ações pertinentes ao âmbito do direito de família, especialmente, aparece de modo relevante nas decisões do STJ. O que se nota é a postura do tribunal em, privilegiando os interesses das crianças e dos adolescentes, o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, entender que a atividade do Ministério Público deve estar voltada a esses fins, não sendo possível impor limitações à sua atuação, principalmente quando os casos envolvem crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Legitimidade do Ministério Público para solicitar estudo psicossocial (REsp 1.308.666) — 2012

Como ressaltado, a questão da legitimidade do Ministério Público perpassa muitas decisões que dizem respeito às crianças e aos adolescentes e de maneira central. Aqui também se destaca uma decisão sobre o assunto, dada sua importância para a garantia de direitos.

O julgamento em questão se deu em 2012, no REsp 1.308.666⁷⁶⁶, que envolveu “pedido de estudo social” proposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para o Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Patrocínio diante de suspeita de abandono e maus-tratos de criança por parte de sua genitora, cuja denúncia teria sido feita pelo pai, que solicitava sua guarda

provisória, informações estas presentes no relatório da presidente do Conselho Tutelar de Guimarães. O referido juízo extinguiu a ação entendendo pela falta de interesse de agir do MP, considerando ser a questão um procedimento administrativo, que poderia ser exercido pelo próprio MP ou pelo Conselho Tutelar, sendo “desnecessária a movimentação da máquina judicial”. No mesmo sentido, em segunda instância, a apelação não foi provida por entender o tribunal que tal estudo para averiguação poderia ser feito pelo próprio MP, não havendo interesse de agir por não haver providência a ser alcançada por meio de intervenção judicial.

Sustentou o MP que seu papel, definido pelo art. 201, VIII, do ECA, é “pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”, sendo a decisão do Tribunal de Justiça “contrária à garantia da absoluta prioridade do direito à saúde, à vida, à dignidade e ao irrestrito acesso ao Judiciário”. Não haveria, quando da previsão de que o MP pode instaurar sindicâncias, o condicionamento desse procedimento ao acesso à justiça.

O relator, ministro Luis Felipe Salomão, ressaltou que se estava a decidir ali se,

em que pese o artigo 201, VI e VII, do Estatuto da Criança impor ao Ministério Público que tenha profissionais capazes de realizar estudo psicossocial –, se inexistente a estrutura adequada para o bom desempenho das atribuições do Parquet, pode o promotor de Justiça, com base em Relatório do Conselho Tutelar dando conta de maus-tratos impostos a menor, requerer à Vara da Infância e da Juventude a instauração de procedimento com o escopo de que assistente social e psicólogo do Judiciário avaliem a situação a que está submetida a criança, fornecendo o substrato necessário para posterior

elaboração de pleito pelo Ministério Público vindicando a concessão da medida mais acertada para a defesa dos direitos menoristas.

O relator orientou seu voto no sentido de olhar o processo como uma forma de se chegar “à ordem jurídica justa”. Conforme entendimento já proferido no REsp 976.021⁷⁶⁷, “velar os interesses indisponíveis dos menores constitui dever do Estado e uma das mais relevantes e nobres funções atribuídas ao Ministério Público, conforme mandamento constitucional”. E especialmente “em vista do princípio da prioridade absoluta – que impõe ao Estado e, pois, ao Ministério Público o dever de tratar com prioridade a defesa dos direitos menoristas insculpido no artigo 227 da Constituição Federal e 4º e 100, parágrafo único, II, do Estatuto da Criança e do adolescente –, é inconcebível que a Promotoria de Justiça que cuida da matéria não esteja dotada da mínima estrutura indispensável” para essas atividades. Ressaltou o prejuízo de não haver estrutura para a realização dessas atividades, até porque caso estivesse dotada desses instrumentos e profissionais, poderia realizá-las de maneira mais rápida.

Contudo, diante do contexto de falta de estrutura mostrado pelo promotor de justiça do caso “e estando em jogo direitos indisponíveis, fica clara a existência do binômio necessidade-utilidade da medida e a consequente imprescindibilidade da prestação jurisdicional”. Além disso, o próprio art. 153 do ECA estabelece que o juiz solicite de ofício “providências necessárias para assegurar a proteção integral da criança e do adolescente”, não se podendo considerar razoável a extinção da ação, como ocorrida no caso. Ademais,

o fato de o artigo 201, VI e VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente conferir ao Ministério Público a in-

cumbência de instaurar procedimentos administrativos e sindicâncias, podendo expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos, requisitar informações, exames, perícias, dentre outros, tem o fito inequívoco de ampliar a proteção estatal à criança e ao adolescente, por isso não pode servir de fundamento para a recusa da prestação jurisdicional. Outrossim, o artigo 100, parágrafo único, II e III, do mencionado Diploma prevê que a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida na lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescente são titulares.

Os ministros da Quarta Turma, portanto, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, que foi acompanhado pelos ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi⁷⁶⁸.

Nesta decisão, para além de uma consideração sobre a legitimidade do MP, mostra-se um entendimento de inafastabilidade de proteção das crianças e dos adolescentes. Assim, diante de situações que indiquem violação a direitos, a atuação deve se dar de qualquer maneira, ainda que não seja por aquele que a lei indicou como primeiro recurso a ser acionado. Entraves burocráticos, processuais e estruturais não podem ser justificativas para que se deixe de cuidar de casos, como a questão, que envolvem abandono e maus-tratos, tendo em vista, inclusive, que esta é uma realidade recorrente.

Legitimidade do Ministério Público para atuar como substituto processual (REsp 681.012) — 2005

Especialmente em relação às obrigações ao poder público relacionadas à saúde e à educação, uma discussão recorrente

foi sobre a legitimidade do Ministério Público para defender interesses individuais e não coletivos. Destaca-se, neste assunto, decisão proferida em 2005 no REsp 681.012⁷⁶⁹.

O caso teve início com uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul a fim de que o estado arcasse com os custos de aparelho auditivo utilizado por criança, que não teria condições de mantê-lo. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, havendo a condenação do estado para “custeio do fornecimento à menor de pilhas V675 ou similar”. Contudo, a decisão foi reformada em segunda instância, por entender o Tribunal de Justiça que ao Ministério Público caberia a defesa de interesses transindividuais e difusos, ao contrário de direito material individual, que seria o caso em exame.

O MP alegou afronta aos arts. 200 e 201, V, do ECA, sendo que este último conferiria a legitimidade do MP para casos como este, além de que o art. 127 da CF, art. 25, IV, “a”, da Lei Orgânica do Ministério Público e o art. 6º, VII, “c”, da LC 75/93 também garantiriam a atuação do MP como substituto processual para proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Já o estado do Rio Grande do Sul alegou que, conforme o art. 127 do ECA, o MP “está autorizado tão-somente à propositura de ação civil pública para proteção de interesses individuais difusos ou interesses individuais coletivos, afastando a incidência da norma para permitir a propositura de ação na defesa de interesse individual”.

O ministro Luiz Fux, relator da ação, ressaltou que “é de sabença que o art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 garante à criança e ao adolescente absoluta prioridade quanto à garantia do direito à saúde”. Ainda que exista essa máxima constitucional, o ECA também traz importantes preceitos sobre o assunto, especialmente em seus arts. 7º⁷⁷⁰ e 11⁷⁷¹, tornando possível que seja tratado pelo STJ. Sobre o papel do MP, destacou que:

a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. Deveras, é mister conferir que a nova ordem constitucional erigiu um “curso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

Destacando também que até então o tribunal entendia pela impossibilidade de que o MP atuasse como substituto processual em ação que beneficiasse uma única criança, sendo apenas possível a defesa de interesse transindividual, entendeu que, segundo redação do art. 127 do ECA, o MP seria legitimado para tanto. De acordo com o ministro, “a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível [*sic*] com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129)”, e o direito à saúde seria “direito indisponível”, conforme previsão da CF e do ECA. Finalizou seu voto ressaltando que os arts. 7º, 200 e 201 “consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como ‘substituição processual’”.

Vale destacar que no mesmo sentido, no REsp 718.203⁷⁷², em 2005, foi reconhecida a legitimidade do

Ministério Público em atuar na defesa de vagas em creche para crianças.

Expulsão de estrangeiro com prole brasileira (HC 31.449) — 2004

No âmbito da convivência familiar, destaca-se decisão sobre extradição ou expulsão de estrangeiro cuja prole é brasileira. A decisão se deu em 2004 no HC 31.449⁷⁷³, em caso da expulsão de Emmanuel Abiodun Dipelu, cidadão nigeriano, determinada pela Portaria nº 1.262/2003, diante de condenação por crime previsto no art. 12 c/c art. 18 da Lei nº 6.368/1976. O pedido do paciente, além de prazo para manifestação acerca da expulsão, conforme art. 72 da Lei nº 6.815/1980, dava-se pela alegação de afronta ao art. 75, II, “b”, da Lei nº 6.815/1980, uma vez que ele tinha uma filha brasileira e estava à espera do segundo filho, diante da gravidez de sua companheira, com quem vivia havia sete anos. Por outro lado, o Ministério da Justiça sustentou que não estaria configurada nenhuma excludente de expulsão porque o paciente não prestava “qualquer assistência material ou moral” à filha e nem era casado com brasileira.

O voto vencido do relator, ministro Francisco Falcão, prendeu-se na Súmula 1/STF, que estabelece que “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna”. Assim, por entender que, apesar da existência de filha brasileira, não houve comprovação da dependência econômica, a expulsão persistiria. Seguiu tal entendimento o ministro José Delgado.

Contudo, voto do ministro Teori Zavascki, que foi seguido pelos demais ministros da Primeira Seção (João Otávio de Noronha, Castro Meira, Denise Arruda e Fran-

cisco Peçanha Martins), ressaltou que, conforme previsão dos arts. 227 e 229 da CF e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança:

A norma transcrita foi introduzida pela Lei 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais.

Desse modo, não se deveria prender à dependência econômica para a impossibilidade de expulsão, mas entender que a manutenção do genitor deve se dar para “evitar prejuízos à criança”, o que o levou a conceder a ordem. Esse foi um entendimento importante consolidado pelo STJ, cuja modificação legislativa a fim de contemplar de maneira mais ampla a possibilidade de permanência de estrangeiro no país diante da existência de filhos aqui nascidos se deu apenas em 2017, com a revogação da Lei nº 6.815/1980 pela Lei nº 13.445/2017.

Vaga em creche para crianças de 0 a 6 anos (REsp 575.280) — 2004

Educação é uma das principais questões em termos de atenção para garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes. Decisão marco no STJ se deu em termos de oferecimento de vaga em creche a crianças de 0 a 6 anos, aqui ilustrada pelo REsp 575.280⁷⁷⁴, julgado em 2004.

O caso teve início com ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o pedido de que o município de Santo André garantisse vaga em creche para crianças. A decisão em primeira instância se deu no sentido de determinar que o ente fosse obrigado a criar e manter creches para crianças com menos de 6 anos, sob pena de multa diária, decisão que, contudo, foi reformada pelo Tribunal de Justiça. Este entendeu pela indevida “ingerência no Poder Executivo”, que com base em sua discricionariedade decide sobre a conveniência e oportunidade das políticas públicas, além de implicar questão orçamentária, com desvio de recursos. Posteriormente, ainda, rejeitou os embargos infringentes.

O MP alegou como fundamento do recurso especial ofensa aos arts. 54, IV⁷⁷⁵, 208, III⁷⁷⁶, e 213⁷⁷⁷ do ECA, sustentando que o “oferecimento de ensino infantil, por meio de creches e pré-escolas, constitui, de um lado, um dever do Município (que poderá requerer, mediante ação própria, a colaboração técnica e financeira da União e do Estado-Membro respectivo – cf. art. 211, *caput* e § 1º, da CF/88), e, de outro, um direito, líquido e certo, de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade”.

O relator, ministro José Delgado, negou provimento ao recurso especial. Valeu-se de fundamentação do Tribunal de Justiça que rejeitou os embargos infringentes, que ressaltou que ao Poder Judiciário caberia o controle dos atos administrativos “sob a vertente dos preceitos de regência da atuação do agente público, de maneira que qualquer determinação de fazer ou de não fazer encontra como parâmetros os princípios administrativos atinentes, não se podendo, por exemplo, invadir o mérito do ato administrativo, em especial no que concerne a conveniência e a oportunidade, assim como defeso é olvidar da legalidade estrita, pois a Administração Pública, diferentemente do particular, tem sua conduta pautada

pela ordem legal, o que, em matéria de gastos públicos, revolve a diretriz orçamentária, lei de licitações e concurso público para contratação de funcionários”. Além disso, a medida determinada exigiria doação orçamentária e procedimento específico, o que não poderia ser feito a partir da determinação judicial. No mesmo sentido, também se valeu de voto proferido no REsp 169.876⁷⁷⁸, em que houve novamente a ponderação de que o Poder Judiciário não poderia substituir o Executivo, que tem autonomia para definir conveniência e oportunidade para a definição de suas políticas, sendo o controle exercido em relação aos “princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade”. Desse modo, entendeu que:

- a)** há impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade;
- b)** ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas;
- c)** as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes;
- d)** o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito;
- e)** as atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias

prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

Depois de pedido de vista, o ministro Luiz Fux⁷⁷⁹ divergiu do relator e deu provimento ao recurso especial. Entendeu que o direito ao atendimento em creche e pré-escola está previsto no art. 208 da CF, no art. 54, IV, do ECA e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996). Desse modo, havendo esse direito, deve haver uma ação que o realize. Em relação à indevida ingerência do Poder Judiciário no Executivo, sustentou não parecer correta “a alegada discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente”. E ainda ressaltou:

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na iminência das mais belas garantias constitucionais.

Mesmo que haja consequências orçamentárias, o Estado deve efetivar tal direito, valendo-se de sua rede, lembrando que a “Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel”. Por fim, ressaltou que a colocação em listas de espera afronta o princípio da isonomia.

Acompanhou essa linha o ministro Teori Zavascki, que também havia pedido vista dos autos. Ressaltou a dificuldade na resolução da questão, uma vez que estavam contrapostos o direito à creche e à pré-escola e a situação em que se encontrava o município de Santo André. Os direitos fundamentais exigem “atuações positivas do Estado e, mais ainda, atuações que dependem, em regra, da perspectiva autônoma de conformação politicamente assumida pelo legislador e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos”, cuja decisão cabe sim ao administrador. Ressaltou que

no que se refere ao dever do Estado de prestar educação, apenas o acesso ao ensino fundamental gratuito foi considerado, pela Constituição, desde logo como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º). O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está entre os deveres estatais fundamentais (CF, art. 208, IV; Lei 8.069/90, art. 54, V) sujeitos a conformação legislativa e administrativa, nomeadamente pelos Municípios, a quem cumpre, prioritariamente, dar-lhes efetividade (CF, art. 211, § 2º).

Desse modo, não haveria, em relação à creche e à pré-escola um “direito subjetivo universal”, o que, contudo, não afastaria sua realização, sendo os municípios obrigados a “aplicar pelo menos vinte e cinco por cento das suas receitas em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212)”. Mais do que isso, deveria haver um “mínimo de efetividade”, um “mínimo essencial” nessa conformação que pode ser feita pelo município, que nesse caso se daria pelo “cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social”. É, portanto, valendo-se es-

pecialmente da condição de vulnerabilidade das crianças envolvidas na ação civil pública, que o ministro Teori Zavascki entendeu pelo seu provimento:

A educação às crianças deve ser prestada “com absoluta prioridade” (CF, art. 227), ainda mais em se tratando de criança carente, já que a erradicação da pobreza e das desigualdades constitui objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, III).

Foi, portanto, dado provimento ao recurso especial pela Primeira Turma, tendo votado nesse sentido os ministros Luiz Fux, Teori Zavascki e Denise Arruda, sendo vencido o relator, ministro José Delgado.

Ainda que seja essa a ação escolhida para tratar da garantia do direito à educação e o papel do Poder Judiciário, é de se ressaltar que outras decisões também adotaram entendimentos interessantes e, inclusive, complementares a este. Essas decisões estão desenvolvidas no tópico específico sobre obrigações ao poder público relativas à educação, mas abre-se aqui novamente espaço para destacar a decisão proferida no REsp 1.185.474⁷⁸⁰, que, tendo como pano de fundo a mesma questão de acesso à creche por crianças de 0 a 6 anos, centrou-se no afastamento da argumentação da “reserva do possível”. Nela, sustentou-se, resumidamente, que a realização de direitos fundamentais, como a educação, não é uma opção do administrador, não podendo ficar a cargo de seu juízo discricionário e, portanto, não podendo ser afastada a partir da alegação da “reserva do possível”. O litígio em relação à educação é marco em termos de atuação dos Poderes da República e garantia de direitos fundamentais.



Fornecimento de medicamentos e separação de Poderes (REsp 577.836) — 2004

443

As decisões que envolvem fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde são expressivas entre as que tratam de crianças e adolescentes, especialmente porque colocam a prioridade absoluta como questão central.

Destaca-se aqui a decisão proferida no REsp 577.836⁷⁸¹, em 2004. O caso iniciou-se com ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face de seu estado “tendo em vista a violação do direito à saúde de crianças e adolescentes catarinenses haja vista o atendimento médico-cirúrgico prestado de forma irregular e deficiente pelo Hospital Infantil Joana de Gusmão”. Foi deferida a medida liminar, no sentido de que fosse estabelecido cronograma para regularização de consultas e cirurgias agendadas neste hospital e nas demais unidades da Secretaria de Estado de Saúde. O estado de Santa Catarina agravou da decisão e o Tribunal de Justiça deu provimento, entendendo pela impossibilidade jurídica do pedido da ação, extinguindo-a assim, sem resolução de mérito. Contra essa decisão, o MP interpôs agravo regimental, cujo provimento foi negado, fundamentando-se na generalidade do pedido feito pelo MP, na falta de previsão legislativa orçamentária, além de ingerência indevida do Poder Judiciário em matéria de competência da Administração Pública.

No recurso especial, o MP ressaltou que “a doutrina da proteção integral implica necessariamente o reconhecimento de que as crianças e adolescentes, por serem pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção especial, diferenciada e integral. Cabe destacar que a única vez que a Constituição Federal utilizou o termo ‘absoluta prioridade’ foi no art. 227, ao dispor entre outros, sobre a garantia aos menores do direito à vida e à saúde”. Contudo, o Tribunal de Justiça negou que se pudesse verificar a

aplicação de recursos públicos nessa área, tornando inócuo o disposto nos arts. 7º e 11 do ECA. Além disso, ressaltou que a CF não impôs “restrições para que seja assegurado o efetivo e prioritário atendimento médico das nossas crianças, garantindo-lhes o direito à saúde”, o que não poderia ser feito, então, pelo Poder Judiciário, que, na verdade, deveria ter exercido sua função de fiscalizador de políticas públicas.

O relator da ação, ministro Luiz Fux, assentou a absoluta prioridade com que deve ser garantido o direito à saúde a crianças e adolescentes, conforme art. 227 da CF e repetido nos arts. 7º e 11 do ECA. Assim, “se é dever do Estado é direito subjetivo da criança”, e, desse modo, deve haver ação que o assegure. Em relação à afronta à separação dos Poderes e à impossibilidade de o Poder Judiciário interferir nas escolhas da Administração Pública, entendeu que não se pode defender a “discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente”. Dessa forma, não se poderia admitir que “fosse o direito à saúde das crianças e dos adolescentes relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais”, sendo que, havendo um direito garantido tanto na Constituição quando na legislação infraconstitucional, o Poder Judiciário deve concretizá-lo, mesmo com as implicações orçamentárias que possam existir.

Portanto, foi dado provimento ao recurso assentando-se a possibilidade jurídica do pedido e a continuidade do julgamento, no que foi seguido pelos ministros da Primeira Turma Teori Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão. Assim como as decisões que envolvem garantia de vagas em creches e pré-escolas, o fornecimento de medicamentos também coloca em disputa os Poderes Judiciário e Executivo. É válido lembrar, contudo, que a disputa de teses e argumentos vai ocorrendo ao mesmo

tempo que milhares de crianças permanecem fora da escola ou necessitando de tratamentos de saúde específicos para suas enfermidades.

CONCLUSÃO: A PRIORIDADE ABSOLUTA NO STJ

Os direitos das crianças e dos adolescentes estiveram presentes em 8.408 decisões no STJ, mais do que o dobro das decisões proferidas pelo STF. Predominaram, de maneira destacada, aquelas que tratam de atos infracionais, seguidas das decisões relativas à esfera penal e convivência familiar. Apesar da menor quantidade, destaca-se que os temas sobre políticas públicas e inclusão de dependente se mostraram focos importantes na garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes neste tribunal.

Apesar do alto número de decisões proferidas pelo STJ em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes, pouquíssimas mencionaram expressamente termos como “prioridade absoluta”, “melhor interesse”, “pessoa em desenvolvimento” ou mesmo o art. 4º do ECA e os colocaram como aspecto central da resolução do litígio. Isso aconteceu de modo mais acentuado no tema de convivência familiar, em virtude do subtema de prisão domiciliar, seguido das questões relativas a atos infracionais e políticas públicas. Não é possível dizer que o tribunal deixou de tratar dos direitos das crianças e dos adolescentes, e muitas vezes o fez de maneira a considerar seu melhor interesse e a absoluta prioridade com que devem ser tratados. Contudo, a não delimitação expressa do campo e da postura com que devem ser encarados esses direitos ainda é prejudicial para a promoção de mais avanços nesse sentido.

Em relação a atos infracionais, foram identificadas 3.569 decisões (42,5% do total). Um primeiro subtema (373 decisões) trata da apuração de ato infracional. Destaca-se entendimento sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a atos infracionais, apesar das divergências considerando “circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis” para afastar sua aplicação. Também se discutiu o respeito ao devido processo e à ampla defesa, principalmente na impossibilidade de desistência na produção de provas quando existe confissão pelo adolescente (Súmula 342/STJ). Relacionadas a isso estão as decisões sobre a necessidade de laudo toxicológico para comprovação de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, entendimento não pacificado pelo tribunal. O STJ ainda se debruçou sobre a exclusividade da competência do juiz para aplicação de medidas socioeducativas (Súmula 108/STJ) e assentou compreensão de que “a superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos” (Súmula 605/STJ).

Um segundo grupo de discussão se deu em torno da remissão. Entendeu-se que, uma vez oferecida a representação, a remissão é possível a qualquer tempo antes da sentença, depois da audiência de apresentação. Em relação à necessidade de oitiva tanto do MP quanto do adolescente, o tribunal ora entendeu que há nulidade apenas quando não ouvido o MP, ora que a falta de defesa técnica do adolescente também seria causa de nulidade. O terceiro subtema de discussão trata das medidas socioeducativas em si, contemplando 3.161 decisões, portanto, quase a totalidade das decisões relativas a atos infracionais. Primeiro, entendeu-se que, conforme dispõe o art. 127 do ECA, é possível a cumulação de remissão, concedida pelo MP, e de medida

socioeducativa, desde que não seja a de semiliberdade ou internação. A principal discussão, contudo, se deu em relação à medida socioeducativa de internação.

Houve um grande debate (606 decisões) em relação às justificativas para sua aplicação, a partir do disposto no art. 122 do ECA: ato cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, reiteração e descumprimento reiterado e injustificável de medida anterior. O entendimento firmado pelo STJ tem sido de que a internação só pode ser aplicada se observados os requisitos taxativos do mencionado artigo. Sendo o ato praticado com violência ou grave ameaça, estaria justificada a internação, podendo ser fixada por prazo indeterminado, até o máximo legal de três anos. A dúvida está em saber quais atos ou narrativas podem ser assim caracterizados. Foi possível extrair, por um lado, que “simples alusão à gravidade do fato praticado” não daria ensejo à internação. Por outro, ficou explícito que atos infracionais equiparados ao crime de roubo e homicídio configuram violência ou ameaça para esse fim. A maior polêmica se deu em relação aos atos análogos ao tráfico de drogas. Inicialmente, decisões entendiam que seriam atos desprovidos de violência ou grave ameaça, ainda que considerada sua natureza hedionda, sua reprovabilidade social ou a quantidade de droga apreendida. Contudo, algumas agregam nesta análise outras considerações sobre o adolescente, como reincidência e circunstâncias de sua vida pessoal, entendendo que seria possível a internação, a partir de decisão devidamente fundamentada. Com a Súmula 492/STJ, ficou assentado que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

Outra questão de debate se deu em relação à reiteração no cometimento de ato infracional (746 decisões), sendo a maior divergência saber o que caracteriza a reiteração,

mais especificamente, se existe um número mínimo de atos praticados para tanto. Ora entendendo que reiteração se diferenciava de reincidência porque esta exigia a prática de dois atos infracionais enquanto aquela exigia três ou mais, ora compreendendo que bastaria a prática do ato pela segunda vez, chegou a haver uniformização no sentido de se exigir a prática de pelo menos três atos infracionais graves anteriores, sem que pudessem ser computadas para tanto as remissões. Depois do julgamento pelo STF, contudo, ficou estabelecido que a delimitação do número de atos cometidos não tem fundamento legal, devendo ser analisado caso a caso pelo juiz. Um número razoável de casos, por fim, fundamentou a decisão, não se valendo, ou não apenas, do art. 122 do ECA, considerando circunstâncias pessoais e/ou gravidade do ato infracional. Reunindo esse argumento com atos análogos ao crime de tráfico de drogas, essa intersecção acabou por ser responsável por casos de internação.

Houve também discussões sobre a internação provisória (118 decisões): sua motivação, diretamente relacionada com as discussões sobre internação; e seu prazo, tendo o tribunal assentado que o período de internação provisória não pode ultrapassar os 45 dias previstos no ECA, o que afrontaria as expectativas de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Ainda sobre as medidas socioeducativas, destaca-se o entendimento que vem sendo aplicado em ambas as turmas de que é possível que o juiz exerça controle das atividades externas praticadas pelo adolescente que cumpre medida socioeducativa de semiliberdade. Além do cabimento da medida em si, muitas decisões trouxeram discussões sobre a substituição de medidas, para uma mais gravosa ou para uma mais branda, em sede de execução. No primeiro caso (318 decisões), a principal questão é a necessidade de oitiva do

adolescente, privilegiando-se o devido processo e a ampla defesa (Súmula 265/STJ). No segundo caso, de substituição por medida mais branda (135 decisões), um dos entendimentos é o de que o juiz não está vinculado ao parecer/laudo técnico que indica a progressão, a partir do seu livre convencimento motivado, desde que devidamente justificado.

Ainda sobre atos infracionais, outra questão importante diz respeito ao local de cumprimento da medida socioeducativa (167 decisões). O tópico mais recorrente dentro da discussão sobre o local é a sua distância em relação à moradia dos familiares do adolescente. A vertente predominante no tribunal entende que esse direito não é absoluto, podendo ser afastado, por exemplo, pelo comportamento do adolescente na unidade em que cumpre a medida ou por não haver unidade na localidade de domicílio dos pais da paciente. Apesar da disposição legal de que, inexistindo vaga o adolescente deve ser colocado em meio aberto, a não ser que o ato tenha sido praticado com grave ameaça ou violência à pessoa, uma parte das decisões não se limitou a analisar tais requisitos, considerando outros fatores, como reiteração, descumprimento de medidas e contexto pessoal. Algumas decisões consideraram ainda a existência de auxílio financeiro às famílias dos adolescentes, o que mitigaria a distância. Por outro lado, algumas decisões garantiram o direito do adolescente de cumprimento da medida na localidade do domicílio, devendo se manter em liberdade assistida caso isso não seja possível, ressaltando a incompatibilidade com objetivos do sistema socioeducativo.

Houve entendimento de que a precariedade justificaria a substituição por outra medida ao mesmo tempo que a superlotação foi utilizada como argumento para flexibilizar o direito de cumprir a medida em localidade do domicílio da família, a fim de respeitar os direitos fun-

damentais do adolescente. Também tem predominado entendimento de impossibilidade de internação em presídios, ainda que com separação física dos adultos, devendo ser determinada a imediata transferência a local adequado ou o aguardo em liberdade assistida. A discussão sobre o local de cumprimento se deu de maneira particular em casos de adolescentes grávidas cumprindo medida socioeducativa de internação. Houve entendimento, no HC 351.732, de que, com base na CF e no Marco Legal da Primeira Infância, destacando-se, de um lado, a brevidade, a excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em que se deve pautar a aplicação da medida socioeducativa e, de outro, que o ambiente familiar seria o melhor para a criança, deveria ser garantida à socioeducanda a medida de liberdade assistida em residência particular, em virtude da maternidade. Contudo, o tribunal chegou a assentar posteriormente a continuidade da internação de adolescente grávida, “asseguradas as condições necessárias”.

Duas questões ainda permearam a discussão sobre atos infracionais no STJ, envolvendo equiparação de medida socioeducativa à pena. Sobre o momento de início do cumprimento da medida socioeducativa, o entendimento foi consolidado em 2016, no sentido de que, diante do caráter ressocializador, pedagógico e protetivo, não poderia ser postergado, sendo imediato após a sentença. Também foi assentada a possibilidade de aplicação da prescrição penal às medidas socioeducativas (Súmula 338/STJ).

Penal é o segundo grande tema que reúne mais decisões: 2.754 (32,8% do total). Essa temática contempla as decisões (45) que envolvem menção a atos infracionais cometidos pela pessoa adulta, normalmente para justificar um histórico ligado à prática de crimes, indicados como antecedentes ou impedimentos para concursos públicos. Outro grupo de decisões (78) trata da proximidade ou pre-

sença de crianças ou adolescentes no local do crime. Esses são casos em que não são vítimas diretas ou indiretas do crime, mas o presenciaram, estavam no local onde ocorreu ou ainda nas proximidades, também sendo fator para majoração da pena e justificativa para prisão preventiva.

A temática também contempla (1.338 decisões) questões relativas ao envolvimento de crianças ou adolescentes em crimes. Nesses casos, eles não são, portanto, réus no processo em questão, mas aparecem na narrativa do caso. Metade dessas decisões envolveu o crime de “corrupção de menores”, dividindo-se em duas questões: a do crime de corrupção de menores, formal, sendo desnecessária a comprovação da corrupção, bastando a participação de criança ou adolescente na prática criminosa (Súmula 500/STJ); e a necessidade de documento hábil para comprovação da idade da criança ou adolescente corrompido (Súmula 74/STJ). A participação de criança ou adolescente nos crimes apareceu para configurar causas de aumento de pena para justificar prisão preventiva em casos de roubo, furto, associação criminosa e tráfico de drogas.

Por fim, outro grupo que reúne um número alto de decisões (1.299) está relacionado a crimes em que a criança ou o adolescente figurou como vítima. Destaque especial para aqueles de natureza sexual. São 646 decisões que envolveram estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor. Esse é um assunto que sofreu alterações legislativas significativas nos últimos anos, implicando modificações na interpretação do STJ. Permearam o tribunal, desde o princípio, discussões sobre a presunção de violência em relação a crianças e adolescentes com menos de 14 anos – se seria, ou não, absoluta. No REsp 1.480.881, valendo-se da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do art. 227 da CF, foi fixado entendimento de que o estupro de vulnerável caracteriza-se por “conjunção carnal” ou

prática de “qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos”, independentemente do consentimento da vítima, “eventual experiência sexual anterior” ou “existência de relacionamento amoroso” entre ela e o adulto (Súmula 593/STJ). Algumas decisões ainda assentaram pela impossibilidade de desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual, uma vez que este é cometido sem violência ou grave ameaça, e no caso de vítimas crianças e adolescentes com menos de 14 anos – estupro de vulnerável –, a violência é presumida.

Crimes relacionados à pornografia infantil também reúnem um número relevante de decisões (151), destacando-se duas discussões centrais: configuração dos crimes e competência para julgamento. Sobre a configuração dos crimes, decisões enfrentaram a interpretação dos atos que caracterizariam o crime, como inexistência de diferença entre “publicar” e “divulgar” ou a caracterização ao fotografar crianças e adolescentes, devendo ser interpretado de maneira ampla. Sobre a competência, o desafio colocado é a prática por meio da rede mundial de computadores, considerando o local de consumação aquele onde os materiais foram publicados. Questões sobre exploração sexual, por sua vez, reuniram 119 decisões, também influenciadas por modificações a partir de alterações legislativas no Código Penal. Entendia-se que nem “cliente ocasional” nem a adolescente já “entregue à prostituição” caracterizariam exploração sexual. Ao mesmo tempo, afirmava-se que o consentimento da vítima seria irrelevante, bastando que houvesse submissão à exploração sexual. Depois de alterações no ECA e no CP, foram retomadas questões como a caracterização do crime, o “cliente ocasional” e o consentimento, muitas vezes de maneira conjunta. Outros crimes cujas vítimas são crianças e adolescentes apareceram com menos expres-

sividade: desvio de verbas públicas, tráfico internacional de crianças, homicídio e liberdade religiosa, redução à condição análoga à de escravo, maus-tratos e tortura.

O terceiro maior tema é o relativo à convivência familiar, com 1.340 decisões (16% do total), envolvendo questões como prisão domiciliar, guarda, filiação, adoção, poder familiar, medida protetiva, extradição ou expulsão de estrangeiro, busca e apreensão de criança ou adolescente, visita a parente preso, salário-maternidade, licença-maternidade, medidas cautelares/liberdade, viagem de criança ou adolescente, licença ou transferência de servidor público, indulto e abandono.

A notoriedade dos casos envolvendo convivência familiar, assim como ocorre no STF, deu-se pelo crescimento vertiginoso de decisões envolvendo prisão domiciliar de mães, pais e avós responsáveis por crianças de até 12 anos ou com deficiência. É possível avaliar o impacto das modificações no art. 318 do CPP, somadas a argumentações esparsas envolvendo o art. 227 da CF, bem como da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Nesse sentido, importante decisão foi tomada no HC 291.439, que substituiu prisão preventiva por domiciliar de mulher acusada da prática de tráfico de drogas, mãe de duas crianças. Considerando explicitamente “a doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança”, o *habeas corpus* foi concedido. As decisões cresceram especialmente depois do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) e da concessão do *habeas corpus* coletivo 143.641 pelo STF – mencionado em 383 decisões. Contudo, há muito para avançar no assunto, especialmente em relação à imprescindibilidade aos cuidados das crianças e a negativa em caso de paciente envolvida em crime de tráfico de drogas praticado na própria residência, tendo em vista

a porcentagem de mulheres presas por esse crime. Outro tópico é o de visita a parentes presos (18 decisões), em que houve a ponderação entre os direitos das crianças e dos adolescentes e os direitos das pessoas privadas de liberdade, chegando-se à conclusão de que, apesar de ser um direito do preso, a CF estabelece que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser guiados pela proteção integral, não sendo o direito de visitação absoluto, por serem os estabelecimentos prisionais “impróprios” à sua “formação psíquica e moral”.

Em termos de garantias à maternidade (21 decisões), existem as discussões sobre licença – adoção, prorrogação do prazo e estabilidade – e salário-maternidade. Neste último caso, destacam-se as decisões que envolvem sua concessão para adolescentes menores de 16 anos, especialmente indígenas. Embora seja vedado o trabalho de crianças e adolescentes com menos de 14 anos e só seja possível o trabalho daqueles que tenham entre 14 e 16 anos na condição de aprendiz, não se pode deixar os adolescentes em situação de maior vulnerabilidade com a negação do benefício. Nas decisões relativas à guarda e à adoção, o argumento de melhor interesse da criança e do adolescente destacou-se. Um entendimento importante é o de que para que haja a adoção de criança ou adolescente com “pais biológicos no exercício do poder familiar, haverá a necessidade do consentimento de ambos, salvo se, por decisão judicial, forem destituídos desse poder”, sendo admitida, excepcionalmente, “quando for observada situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando”. Outro entendimento relevante do STJ foi o de que o cadastro de adotantes não é absoluto, podendo ser relativizado na existência de vínculo afetivo, considerando o melhor interesse da criança. Outro assunto importante decidido pelo STJ foi o de extradição ou expulsão de estrangeiro cuja prole é brasileira (43 decisões). O

STJ decidiu, no HC 31.449, que a lei vigente na época – Lei nº 6.815/1980 – estabelecia que não seria expulso estrangeiro que tivesse filho que dependesse economicamente dele, devendo ser interpretado em consonância com a CF, o ECA e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Mesmo depois da revogação da lei, o entendimento continuou sendo aplicado.

O STJ também proferiu considerações relevantes acerca do poder familiar e medida protetiva. Sobre o papel da Defensoria Pública e do Ministério Público nessas ações, o STJ entendeu que ao MP, conforme art. 201, III e VIII, do ECA, caberia “promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes” e, havendo sua atuação, não seria necessária a atuação no mesmo processo da Defensoria Pública. Em relação às circunstâncias que levaram à destituição do poder familiar, entendeu-se que, apesar de o ECA buscar a manutenção do poder e a convivência familiar, é possível havendo maus-tratos, abandono e descumprimento do sustento, guarda e educação da criança. Sobre as circunstâncias que podem levar ao acolhimento institucional, entendeu-se que “salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante”.

No que se refere à busca e apreensão de criança ou adolescente, além dos casos cujas decisões centram-se na competência, elas em grande parte estão relacionadas à Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Nesse sentido, há o entendimento de que há necessidade de prova pericial psicológica para a determinação ou não de retorno de criança ou

adolescente ao país de origem, pois, embora a Convenção reprima o sequestro, “garante o bem-estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa”. Outra questão que contemplou muitas decisões relaciona-se com a filiação, especialmente investigação e negatória de paternidade, paternidade e/ou maternidade socioafetiva e dupla paternidade. O STJ entendeu que ações de investigação de paternidade são imprescritíveis e que a negatória de paternidade só pode se dar quando existe vício de consentimento, prevalecendo os interesses da criança. O que se destacou é que, nas decisões relativas à filiação, grande parte traz como mote a questão do melhor interesse da criança, inclusive quando passa a decidir questões novas, tanto em termos legais quanto jurisprudenciais, entendendo de forma ampliativa a possibilidade de filiação.

Uma questão que permeia os principais subtemas dentro do grupo de convivência familiar é sobre o juízo competente para julgamento (102 decisões). Especialmente sobre guarda, foi definido na Súmula 383/STJ que “a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”. Embora esse seja o entendimento consolidado pelo STJ, algumas decisões abriram margem para interpretação diversa, tendo em vista principalmente o melhor interesse da criança. Outra questão que perpassou os subtemas é a competência do MP, se poderia ou não figurar como substituto processual e, assim, propor ação de alimentos em benefício de criança ou adolescente sob o pátrio poder. No REsp 1.265.821, entendeu-se que o MP teria “legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente” e que “a legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o menor se encontrar nas situações de risco descritas

no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca” (Súmula 594/STJ). A discussão sobre a competência do Ministério Público também apareceu de maneira relevante em casos de destituição do poder familiar. No REsp 1.308.666, o STJ assentou que há possibilidade de que o MP peça realização de “pedido de estudo social” ao Judiciário, diante de suspeita de abandono e maus-tratos de criança, quando não dotado de infraestrutura para tanto, em virtude da norma da prioridade absoluta.

No que toca às políticas públicas relacionadas a crianças e adolescentes, o STJ proferiu 410 decisões (0,05% do total). Embora quantitativamente menor do que os demais temas, as questões resolvidas aqui se mostraram de alta relevância. Destacam-se, primeiro, os casos relativos a obrigações ao poder público. Em termos de políticas de saúde, houve discussões sobre fornecimento de medicamentos e de tratamento médico. Em sua maioria, discutiram a competência do MP, se seria ou não legítimo para atuar em benefício de uma criança ou um adolescente ou se seria apenas um substituto processual da sociedade, devendo defender interesses coletivos. No REsp 681.012, o STJ entendeu que, embora a questão da saúde de crianças e adolescentes pareça ser constitucional, existe previsão sobre o assunto no ECA, e que a CF previu competência do MP para defender interesses “individuais indisponíveis”, como a saúde, que, por sua vez, deve ser assegurada à criança pela família, pela sociedade e pelo Estado, com prioridade absoluta.

Também afirmou-se o poder de cautela, não havendo ilegalidade na determinação de que a Administração Pública passe a prover ou continue provendo tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico em casos envolvendo pedidos cautelares cuja situação de fundo envolve

saúde de crianças e adolescentes. Nesse sentido, o REsp 577.836, em que, diante da prioridade absoluta, da existência de dever do Estado e do direito subjetivo da criança e os meios de concretizá-lo por uma ação adequada, a determinação do Poder Judiciário não configuraria ingerência, uma vez que “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente”. Foi entendida a possibilidade de bloqueio de verbas públicas diante de não cumprimento de fornecimento de medicamento pelo Estado, devendo o(a) juiz(a) “adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões [...] sempre com adequada fundamentação”. Foram afastadas também alegações de impossibilidade de fornecimento de medicamento por estar fora da lista do Sistema Único de Saúde ou sem registro na Anvisa. No AgRg no AgRg no AREsp 685.750, entendeu-se que, havendo prescrições médicas e sendo a única alternativa de tratamento, o medicamento fora da lista da Anvisa deveria ser fornecido, por ser a saúde direito de todos e dever do Estado, devendo ser crianças e adolescentes protegidos de forma prioritária. No AgRg no REsp 1.502.239, afirmou-se que a burocracia estatal não poderia causar prejuízos à criança e ao adolescente, considerando que não é absoluta a impossibilidade de aquisição pelo SUS de medicamentos sem registro na Anvisa, devendo-se levar em conta a legislação protetiva e a aprovação “por agências reguladoras estrangeiras e pela comunidade científica internacional”.

Além de questões sobre saúde, também se destacaram aquelas relativas à educação, marcadas principalmente por litígios que envolvem vagas em creches ou escolas, tanto casos individuais (determinação de matrícula de uma ou poucas crianças) quanto questões coletivas (provimento de escolas, atendimento da fila de espera de creches), além do direito de ter atendida vaga em escola ou

creche perto da residência. Destacaram-se aqui discussões sobre a legitimidade do MP em propor ações nesse sentido tanto para um grupo de crianças quanto para casos individuais, atuando como substituto processual. A atuação em casos individuais foi o ponto de divergência, havendo decisões opostas, ora entendendo sua legitimidade, ora ressaltando que sua atuação é como substituto processual da sociedade, não do indivíduo. Importante decisão se deu no REsp 575.280, com fundamentação semelhante ao já citado REsp 577.836, em que o STJ entendeu que o acesso à creche é um direito constitucionalmente garantido e reproduzido pelo ECA, um dever do Estado e um direito subjetivo da criança, não havendo nesse sentido discricionariedade do administrador. Ressaltou o STJ também que o princípio da “reserva do possível” não poderia ser oposto ao “mínimo existencial”. A não garantia do ensino em período integral, por inexistência de obrigação legal, a não imposição de fornecimento de vaga próxima à residência, a competência da Vara da Infância e da Juventude para tratar de matrícula em exame supletivo para aquisição de certificado de conclusão do ensino médio e a promoção de atendimento especializado com fonoaudiólogo habilitado em Libras, sobrepondo-se sobre eventual embaraço orçamentário apregoado pelo Estado, também foram compreensões do STJ no período.

Outras discussões foram colocadas sobre o sistema socioeducativo. Em relação à possibilidade de determinação de que o Executivo construísse novas unidades de acolhimento institucional, o STJ entendeu ora pela “intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo”, ora pela possibilidade jurídica do pedido, diante de inobservância da política básica de atendimento dos direitos da criança e do adolescente estabelecida na CF e no ECA. Nesse sentido, deram-se decisões sobre a necessidade

de melhorias nas unidades existentes e de transferência diante da precariedade da unidade. Destaca-se decisão no REsp 1.612.931, em que a intervenção do Judiciário na Administração Pública, com a determinação de implementar plantão de 24 horas na delegacia especializada da infância e juventude, seria justificada pela CF, pelo ECA e pelas Regras de Beijing. O REsp 1.653.359, por sua vez, tratou do poder de cautela em procedimento administrativo para apuração de irregularidades. O STJ entendeu que seria possível a fixação de prazo para remoção de irregularidades, porque afrontaram a saúde e a dignidade “de crianças e adolescentes sob a custódia de entidade governamental, assegurada a proteção integral e prioritária por parte do Estado”. Por fim, ainda determinou “atendimento especializado, e de forma individualizada, em local adequado, aos adolescentes que [...] sejam portadores de doença ou deficiência mental”.

Dentro do grande tema de políticas públicas, destacam-se as questões relativas à regulação. Parte delas pode ser reunida por se centrar em uma discussão sobre infrações administrativas. O número mais expressivo é relativo à entrada e permanência de criança ou adolescente em estabelecimentos, em que se entendeu que a portaria prevista no art. 149 do ECA deve ter caráter específico e estar fundamentada, não sendo possíveis determinações de caráter geral. Já em relação à participação de crianças ou adolescentes em espetáculos públicos ou certames de beleza, destaca-se o entendimento de que sempre se exige o alvará autorizando a participação. Outro grupo com número razoável de decisões envolveu classificação indicativa em representações, espetáculos ou outros produtos artísticos, especialmente sobre em quem recai a responsabilidade de tal diligência e, portanto, quem incorre na infração. Outras decisões ainda discutiram transporte e hospedagem de criança ou ado-

lescente e descumprimento de poder familiar ou determinação do Conselho Tutelar. Neste último tópico, o que se tem entendido é que tal descumprimento se limita às disposições relativas ao poder familiar, tutela ou guarda, não podendo recair sobre quem não exerça tais deveres, como secretários municipais. Em termos de regulação da educação, as discussões se dão sobre fornecimento de histórico escolar, rematrícula, *homeschooling* e corte etário para matrícula. Já sobre saúde, as decisões tratam de cobertura de plano de saúde e proibição de substância em formulações. Decisões relacionadas diretamente à publicidade infantil são apenas duas. Ainda que as decisões do STJ tenham se debruçado poucas vezes à respeito do assunto, elas foram assertivas no sentido de que a publicidade dirigida ao público infantil, porque mais vulnerável e com discernimento incompleto, é ilegal.

Por fim, ainda dentro de políticas públicas, apareceram os casos de destinação de recursos públicos (12 decisões), com questões sobre: competência da Vara da Fazenda Pública para julgamento sobre aplicação de verbas para a educação e destinação de valores ao Fundo Municipal da Infância e Juventude.

No grande tema de inclusão de dependente (149 decisões) estão agregadas discussões importantes em termos de garantia dos direitos da criança e do adolescente e sua prioridade absoluta. Parte expressiva da discussão envolveu a possibilidade de concessão de benefícios previdenciários, especialmente pensão por morte, a crianças e adolescentes sob guarda, sendo o entendimento uniformizado no REsp 1.411.258. Ficou assentado que seria um retrocesso deixar de equiparar a criança ou o adolescente sob guarda para fins previdenciários, porque também dependentes, afrontando a isonomia e a prioridade de proteção.

O tema de responsabilidade civil reúne 167 decisões. Um primeiro entendimento é de que decorre do exercício

do poder familiar o dever de criação e, conseqüentemente, de vigilância, recaindo a responsabilidade sobre ambos os genitores os atos praticados pelos filhos, independentemente de quem exerça a guarda. Nos casos em que as crianças e os adolescentes são vítimas, destaca-se decisão proferida no REsp 1.517.973, em que o STJ condenou emissora de rádio e televisão por programa cujo conteúdo afrontaria os direitos das crianças e dos adolescentes, afirmando que não se tratava de danos individuais, mas sim de violação aos “valores constitucionais encartados no princípio da dignidade humana, em especial de crianças e adolescentes, seres humanos em desenvolvimento, cuja incolumidade física, mental, moral, espiritual e social há de ser preservada com absoluta prioridade”. Outro grupo de decisões, ainda, relaciona-se a pedido de indenização por danos morais por veiculação de nome ou imagem de criança ou adolescente. Houve reprovação de divulgação de imagens e dados de adolescente a quem se atribuía ato infracional, acompanhada de “expressões ofensivas”, no REsp 1.442.083.

O grande tema de trabalhista/previdenciário reúne apenas 14 decisões, que se relacionam especificamente com a proteção e a regulação de trabalho exercido por criança ou adolescente. O que se observou nessas decisões foi a compreensão de que deve haver políticas que proíbam o trabalho de crianças ou adolescentes, mas que se isso ocorrer de fato, que eles não fiquem desamparados. Isso se deu, por exemplo, na possibilidade de contagem de tempo de serviço para fins previdenciários de atividades exercidas antes dos 14 anos.

Menos decisões ainda estão inseridas no grande tema de tributário (5 decisões), que envolvem discussão sobre doação de pessoa física a entidades filantrópicas, incidência de imposto de renda sobre auxílio-creche e execução fiscal de entidade de assistência.

NOTAS DE RODAPÉ

185 Destaca-se, conforme metodologia explicada em seção própria, que a busca jurisprudencial no STJ resultou em 8.803 decisões. Contudo, foram retiradas da análise aquelas consideradas não pertinentes a esta pesquisa, seja porque não têm como assunto central temas relacionados às crianças e aos adolescentes, seja porque as decisões apenas se limitaram a não admitir a ação no tribunal.

186 Destaca-se que o primeiro quinquênio contempla os anos entre 1989 e 1994. Isso porque o recorte desta pesquisa contemplaria decisões desde 1988. Em relação ao STJ, não houve nenhuma decisão proferida em 1988 e duas proferidas 1989. Assim, para organização e simplificação da visualização, essas duas decisões de 1989 foram incorporadas ao primeiro quinquênio.

187 O número de subtemas é maior do que o total porque existem decisões que contemplam mais de uma discussão.

188 Importante destacar, desde logo, que além do próprio ECA, em 2012 foi editada a Lei nº 12.594, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Vale observar o disposto em seu art. 1º: "Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, § 1º Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei. § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)".

189 O art. 595 do CPP foi revogado pela Lei nº 12.403/2011, mas contava com a seguinte redação: "se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação".

190 "A jurisprudência desta Corte tem pacificamente enunciado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao fato cujo agente tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal sem significativa repercussão social, lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade de seu autor" (HC 186.728, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julg. 04/04/2011).

191 HC 131.291, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 22/02/2011.

192 REsp 1.169.904, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 17/03/2011.

193 Nesse mesmo sentido: "no caso, não obstante o ínfimo valor da res furtiva, a infração apurada não se resume em fato isolado na vida do adolescente", que possui "extensa ficha de antecedentes infracionais". A reiteração delitativa impede o reconhecimento da insignificância penal, uma vez ser imprescindível não só a análise do dano causado pela ação, mas também o desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos. Precedentes" (AgRg no HC 218.877, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 19/06/2012).

194 RHC 13.985, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 03/04/2003.

195 HC 311.940, rel. min. Leopoldo de Arruda Raposo, Quinta Turma, julg. 10/03/2015.

196 HC 17.839, rel. min. Vicente Leal, Sexta Turma, julg. 11/12/2001.

197 REsp 1.372.100, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Quinta Turma, julg. 07/05/2015.

198 REsp 650.564, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 28/09/2004.

199 CC 145.166, rel. min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julg. 14/12/2016.

200 Art. 148: "A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis".

201 Art. 109: "Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral".

202 Art. 104/ECA: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato".

203 RHC 7.698, rel. min. Vicente Leal, Sexta Turma, julg. 18/08/1998.

204 Art. 5º: "A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil".

205 HC 28.867, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 23/09/2003.

206 HC 301.848, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 10/11/2015.

207 Duas decisões apenas tratam de medida de proteção, sendo uma delas cumulada com remissão.

208 Art. 188: "A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença".

209 REsp 122.193, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 23/06/1997.

210 HC 135.935, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 1º/09/2009.

211 REsp 191.557, rel. min. Vicente Leal, Sexta Turma, julg. 05/09/2000.

212 RHC 11.099, rel. min. Vicente Leal, Sexta Turma, julg. 03/12/2001.

213 REsp 618.253, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 19/08/2004.

214 REsp 661.537, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 15/02/2005.

215 HC 135.935, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 1º/09/2009.

216 HC 415.295, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 14/08/2018.

217 HC 22.385, rel. min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julg. 06/05/2003.

218 Art. 127: "A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação".

219 Por exemplo, entendimento apresentado nas decisões: "I - A medida socioeducativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto do Menor (Precedentes)" (HC 49.967, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 09/05/2006); "A medida de internação por prazo indeterminado é de aplicação excepcional, de modo que somente pode ser imposta ou mantida nos casos taxativamente previstos no art. 122 do ECA e quando evidenciada sua real necessidade" (HC 154.145, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julg. 13/06/2010); "1. A medida socioeducativa de internação pode ser aplicada quando caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e caso não haja outra medida mais adequada e menos onerosa à liberdade do adolescente" (HC 303.408, rel. min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 03/02/2015).

220 HC 117.421, rel. min. Jane Silva, Sexta Turma, julg. 16/12/2008.

221 HC 45.964, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 19/06/2018.

222 HC 59.465, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 05/12/2006.

223 HC 48.197, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 02/02/2006.

224 Apenas para ilustração, os atos infracionais equiparados ao crime de roubo são os mais recorrentes (306 decisões), seguidos de tráfico de drogas (139 decisões) e de homicídio (82 decisões). Interessante observar, inclusive, em relação ao ato análogo ao crime de roubo, que foi firmado entendimento que mesmo o uso de arma não verdadeira configura a exigida violência ou grave ameaça. Por exemplo: "esta Corte Superior firmou a compreensão de que, no ato infracional análogo ao crime de roubo, cometido mediante emprego de simulacro de arma de fogo, está implícita a grave ameaça ou violência à pessoa, apta a autorizar a aplicação da medida de internação, nos termos do art. 122, I, do ECA" (AgInt no AREsp 859.544, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 20/10/2016).

225 Por exemplo, HC 186.953, 2011: "IV. Em que pese o ato infracional praticado pelo menor - equiparado ao crime de tráfico de droga - ser revestido de alto grau de reprovação, tal conduta é desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa, afastando a hipótese do art. 122, inciso I, do ECA. V. A simples alusão à gravidade genérica do fato praticado ou à natureza hedionda da conduta é motivação genérica que não se presta para fundamentar a medida de internação, até mesmo por sua excepcionalidade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema. VI. A ausência de respaldo familiar adequado, o atraso escolar do jovem e o fato de o mesmo ser usuário de drogas não permitem, isoladamente, a imposição da medida socioeducativa mais gravosa" (HC 186.953, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 28/06/2011).

226 Por exemplo, HC 252.371, 2013: "5. Na hipótese, o ato infracional cometido pelos adolescentes, análogo ao crime de tráfico ilícito de drogas, embora seja socialmente reprovável, é desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa. Não há, portanto, como subsistir, na espécie, a medida excepcional imposta, porquanto a conduta perpetrada pelo paciente e suas condições pessoais não se amoldam às hipóteses do art. 122 do ECA" (HC 252.371, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 19/03/2013).

227 Por exemplo, AgRg no HC 257.578: "2. No caso em questão, a medida de internação mostra-se incabível, já que não verificada nenhuma destas hipóteses, pois o ato infracional análogo ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo que em grande quantidade, não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa" (AgRg no HC 257.578, rel. min. Campos Marques, Quinta Turma, julg. 19/03/2013).

228 HC 41.333, rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julg. 02/08/2005.

229 HC 47.988, rel. min. Paulo Medina, Sexta Turma, julg. 09/05/2006.

230 HC 173.636, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 16/09/2010.

231 Outro trecho de decisão nesse sentido: "3. Ante a natureza e a quantidade de drogas apreendidas (catorze porções de cocaína), deve ser aplicada ao paciente a medida socioeducativa de semiliberdade, por ser medida que

o conduz a refletir sobre sua conduta, sobretudo em se considerando a função protetiva e pedagógica das medidas socioeducativas, as quais visam, especialmente, afastar o adolescente da criminalidade e corrigir eventuais desvios em seu comportamento" (HC 35.334, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 06/06/2013).

232 HC 231.459, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 03/05/2012.

233 HC 347.434, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 27/09/2016.

234 HC 15.082, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 06/03/2001.

235 HC 22.649, rel. min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julg. 15/10/2002.

236 HC 177.317, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 29/03/2012.

237 STF, HC 94.447, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 12/04/2011.

238 Destaca-se que em 2012, nos EDcl no AgRg no HC 208.944, essa decisão já havia sido mencionada, mas considerou-se que por se tratar de julgamento da Primeira Turma, em controle difuso, sem efeitos vinculantes, não estava o STJ compelido a segui-la (EDcl no AgRg no HC 208.944, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 27/03/2012).

239 HC 280.478, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 18/02/2014.

240 Vale destacar que não só havia menção ao número mínimo de casos que configuram a reiteração, como chegou a ser mencionado expressamente que circunstâncias da vida do adolescente não deveriam interferir na decisão do juiz: "a simples alusão à gravidade dos fatos praticados, bem como ao fato de menor já estar inserido no mundo da criminalidade, se dedicando a atividades ilícitas, constitui motivação que não se presta para fundamentar a medida de internação, até mesmo por sua excepcionalidade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema. Embora o menor ostente passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude, inexistente sentença transitada em julgado em seu desfavor, assim, não há que se falar em prática reiterada de atos infracionais graves" (HC 59.775, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 07/11/2006).

241 HC 398.804, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 22/08/2017.

242 HC 355.074, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 07/06/2016.

243 A título de complementação, destaca-se aqui trecho da ementa do julgamento em 2017 do HC 367.359: "V - Contudo, cumpre registrar que deve se exigir o trânsito em julgado da sentença que tenha acolhido a representação de ato infracional anterior. Caso isso não ocorra, estará se dando tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto, pois só é possível reconhecer os maus antecedentes ou a reincidência para a pessoa adulta caso tenha passado o trânsito em julgado de uma condenação criminal (precedentes)" (HC 367.359, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 28/03/2017).

244 Trecho do HC 197.580, 2012: "VII. Hipótese na qual o adolescente possui passagem por vários outros atos infracionais, sendo que somente em dois foram aplicadas medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e de semiliberdade, sendo que, nos demais, o menor foi beneficiado com a remissão. VIII. Apesar de o adolescente ter respondido a outros procedimentos, nos quais foi beneficiado com a remissão, em obediência ao art. 127 do ECA, o qual dispõe que 'a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes', não se pode considerar tais práticas infracionais para justificar a imposição da medida socioeducativa mais gravosa" (HC 197.580, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 03/05/2012).

245 HC 69.265, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 06/02/2007.

246 HC 94.826, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julg. 17/04/2008.

247 HC 150.227, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 23/02/2010.

248 HC 230.522, rel. min. Marilza Maynard, Quinta Turma, julg. 04/04/2013.

249 Art. 108: "A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida".

- 250** RHC 12.010, rel. min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julg. 05/02/2002.
- 251** RHC 27.268, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 18/02/2010.
- 252** RHC 9.337, rel. min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julg. 17/02/2000.
- 253** RHC 9.336, rel. min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julg. 16/12/1999.
- 254** HC 29.935, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 25/11/2003.
- 255** HC 32.168, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 1º/04/2004.
- 256** HC 42.969, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 04/04/2006.
- 257** RHC 8.612, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 25/05/1999.
- 258** 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: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".
- 259** Art. 111: "São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I – pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III – defesa técnica por advogado; IV – assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI – direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento".
- 260** HC 10.972, rel. min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julg. 16/12/1999.
- 261** HC 14.512, rel. min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julg. 05/12/2000.
- 262** RHC 9.215, rel. min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julg. 14/12/2000.
- 263** HC 14.663, rel. min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julg. 13/02/2001.
- 264** HC 168.885, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 31/08/2010.
- 265** Outras decisões nesse sentido: HC 176.273, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 02/08/2011; HC 170.328, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 10/04/2012; HC 229.238, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 22/05/2012.
- 266** RHC 17.229, rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julg. 08/11/2005.
- 267** Nesse sentido também: HC 61.266, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 10/10/2006; HC 453.412, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 13/12/2018.
- 268** HC 36.290, rel. min. Paulo Medina, Sexta Turma, julg. 27/10/2004.
- 269** HC 24.146, rel. min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julg. 03/06/2003.
- 270** Nesse sentido também: HC 40.912, rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julg. 06/09/2005; HC 48.007, rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julg. 09/03/2006.
- 271** HC 236.650, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 26/06/2012.
- 272** Nesse sentido também: HC 261.363, rel. min. Marilza Maunard, Sexta Turma, julg. 25/02/2014; HC 318.980, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 17/11/2015.
- 273** Art. 122: "A medida de internação só poderá ser aplicada quando: III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal".
- 274** HC 45.877, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 18/10/2005.
- 275** HC 129.596, rel. min. Celso Limongi, Sexta Turma, julg. 18/08/2010.

276 HC 105.119, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 11/09/2008.

277 RHC 102.354, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 06/11/2018.

278 RHC 20.423, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 27/02/2007.

279 HC 351.942, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 14/02/2017.

280 Vale destacar que essa é a primeira decisão do banco que menciona "prioridade absoluta". O RHC 384, de 1989, envolvia adolescente de 13 anos que estava cumprindo medida socioeducativa de internação junto com adolescentes entre 14 e 18 anos, o que não seria compatível com o objetivo de sua reeducação. A decisão do STJ, mesmo considerando o disposto no art. 227, **caput**, da CF, foi o de que a internação estava prevista no Código de Menores e, diante da realidade dos estabelecimentos prisionais no país, nada poderia ser feito (RHC 384, rel. min. Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julg. 06/12/1989).

281 HC 19.642, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 02/04/2002.

282 HC 306.034, rel. min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, julg. 18/08/2015.

283 HC 337.830, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 17/11/2015.

284 HC 339.631, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 18/02/2016.

285 HC 338.517, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 17/12/2015.

286 HC 338.903, rel. min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julg. 05/05/2016.

287 HC 343.717, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 15/03/2016.

288 HC 372.467, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 17/11/2016.

289 HC 349.127, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 07/04/2016.

290 HC 349.965, rel. min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julg. 07/06/2016.

291 HC 308.964, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 08/09/2015.

292 HC 311.865, rel. min. Newton Trisotto, Quinta Turma, julg. 18/06/2015.

293 HC 357.963, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 16/06/2016.

294 HC 57.249, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 20/09/2006.

295 HC 113.324, rel. min. Jane Silva, Sexta Turma, julg. 05/02/2009.

296 HC 287.618, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 13/05/2014.

297 EDcl no HC 335.794, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 23/08/2016.

298 Por exemplo: RHC 3.139, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julg. 08/11/1993; RHC 7.748, rel. min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julg. 26/08/1998; RHC 11.165, rel. min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julg. 08/05/2011; HC 15.847, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 15/05/2011.

299 Esse entendimento confrontava já o disposto tanto no art. 123, **caput**, do ECA, que prevê que a internação deve ser cumprida em "entidade exclusiva para adolescentes", com separação "por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração". Em 2012, com a Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, foi reiterada a necessidade de exclusividade da entidade de internação.

300 HC 180.595, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 03/02/2011.

301 HC 234.935, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 18/06/2012.

302 HC 353.342, rel. min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julg. 04/08/2016.

303 HC 351.732, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 24/05/2016. Esta decisão é trabalhada com mais detalhes em seção específica.

304 HC 411.042, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 12/12/2017.

305 RHC 66.445, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 06/10/2016.

306 AgRg no RHC 69.773, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 16/03/2017.

307 AgRg no RHC 359.374, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 26/06/2018.

308 RMS 56.152, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 03/04/2018.

309 Interessante observar a relação dessa decisão com aquelas destacadas no grande tema de convivência familiar, sobre visitação de parentes presos por crianças e adolescentes.

310 Art. 41: "Constituem direitos do preso: X - visita do cônjuge, da companhia, de parentes e amigos em dias determinados".

311 HC 21.908, rel. min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julg. 27/08/2002.

312 HC 188.197, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 28/06/2011.

313 HC 219.263, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 22/11/2011.

314 Art. 215: "O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte".

315 HC 301.135, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 21/10/2014.

316 HC 346.380, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julg. 13/04/2016.

317 HC 351.935, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 24/05/2016.

318 Por exemplo: HC 90.925, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 18/12/2007; HC 86.407, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 21/02/2008.

319 RHC 74.380, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 21/02/2017.

320 RHC 9.736, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 11/12/2001.

321 REsp 270.181, rel. min. Vicente Leal, Sexta Turma, julg. 02/04/2002.

322 REsp 226.370, rel. min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julg. 27/04/2000.

323 HC 46.231, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 14/03/2006.

324 REsp 820.297, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 06/04/2006.

325 HC 120.875, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 16/06/2009.

326 HC 315.353, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 07/04/2015.

327 REsp 1.122.262, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 17/11/2009.

328 Art. 65: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime".

329 HC 332.176, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 03/11/2015.

330 HC 338.209, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 19/05/2016.

331 "O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na extradição a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012" (HC 242.786, rel. min. Marilza Maynard, Quinta Turma, julg. 23/10/2012).

332 "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de **habeas corpus** impetrado contra decisão do relator que, em **habeas corpus** requerido a tribunal superior, indefere a liminar."

333 O número de subtemas é maior do que o montante total porque existem decisões que contemplam mais de uma discussão.

334 REsp 48.278, rel. min Pedro Aciole, Sexta Turma, julg. 27/08/1996.

335 HC 214.289, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 04/11/2014.

336 Art. 33: "Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. § 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

337 AgRg no AgRg no AREsp 1.172.443, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 24/04/2018.

338 HC 94.804, rel. min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julg. 27/03/2008.

339 Nesse sentido, uma parte das decisões citou precedente do Supremo Tribunal Federal: "a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que 'a periculosidade do agente e a fundada probabilidade de reiteração criminosa constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva' (HC 150.906 AgRg, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 25/04/2018.)".

340 HC 525.871, rel. min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julg. 24/09/2019.

341 HC 523.658, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 05/11/2019.

342 HC 533.898, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 17/12/2019.

343 Art 1º: "Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la".

344 REsp 182.471, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julg. 20/04/1999.

345 REsp 445.633, rel. min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julg. 22/10/2002.

346 REsp 1.127.954, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julg. 14/12/2011.

347 REsp 1.112.326, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julg. 14/12/2011.

348 HC 311.952, rel. min. Ericson Marinho, Sexta Turma, julg. 16/04/2015.

349 O número de assuntos é maior do que o montante total porque existem decisões que contemplam mais de uma discussão.

350 Art. 157: "Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: § 2º. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: II – se há o concurso de duas ou mais pessoas".

351 Art. 155: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: § 4º – A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas".

352 Art. 40: "As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação".

353 Art. 2º: "Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas: § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I – se há participação de criança ou adolescente".

354 Art. 288: "Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente".

355 Precedentes citados: HC 237.782, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 05/08/2014; REsp 1.027.109, rel. min Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 02/12/2008; HC 250.455, rel. min. Nefi Cordeiro, julg. 17/12/2015.

356 AgRg no HC 223.996, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 26/06/2012.

357 Raciocínio semelhante foi aplicado no REsp 1.680.114, em 2017, em que se estava em questão saber se havia o cometimento de dois delitos ou apenas um delito de "corrupção de menores" quando o crime havia sido praticado na companhia de dois adolescentes. Na fundamentação do acórdão foi estabelecido que "considerando que o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção de menores é a formação moral da criança e do adolescente, caso duas crianças/adolescentes tiverem seu amadurecimento moral violado, em razão de estímulos a praticar o crime ou a permanecer na seara criminosa, dois foram os bens jurídicos violados. O entendimento perfilado também se coaduna com os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, vez que trata cada criança ou adolescente como sujeitos de direitos" (REsp 1.680.114, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 10/10/2017). Assim foi entendida a ocorrência de dois delitos.

358 REsp 1.622.781, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 22/11/2016.

359 Art. 65: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença".

360 Art. 33: "Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: § 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

361 Art. 35: "Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, **caput** e § 1º, e 34 desta Lei".

362 Art. 40: "As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: II – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos".

363 HC 369.934, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 20/10/2016.

364 HC 499.689, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 25/06/2019.

365 HC 166.123, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 05/08/2010.

366 RHC 95.447, rel. min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julg. 20/03/2018.

367 RHC 104.213, rel. min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julg. 06/12/2018.

368 AgRg no HC 533.353, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 17/12/2019.

369 As vezes, a criança ou adolescente não é a vítima direta do crime principal ali abordado, mas pode ter sofrido as consequências dele (por exemplo, trata-se de um crime de roubo contra uma pessoa, houve perseguição pela polícia e a criança foi atingida por um disparo de arma de fogo na troca dos tiros) ou ainda foi atingida ou sofreu as consequências, o que também é diferente de proximidade ou presença de crianças ou adolescentes no local (penal - vítima criança ou adolescente - morte dos pais).

370 O número de decisões separadas entre os crimes de estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor é maior do que o montante total de decisões porque algumas contemplam mais de uma discussão.

371 Art. 224: "Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência".

372 REsp 21.258, rel. min. Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julg. 17/06/1992.

373 Art. 9º: "As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, **caput** e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, **caput** e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal".

374 REsp 692.188, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 23/05/2006.

375 EREsp 666.474, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julg. 10/09/2008.

376 HC 72.383, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 03/04/2007.

377 HC 88.128, rel. min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julg. 19/06/2008.

378 REsp 1.102.005, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 29/09/2009.

379 REsp 494.792, rel. min. Celso Limongi, Sexta Turma, julg. 02/02/2010.

380 HC 110.876, rel. min. Nilson Naves, Sexta Turma, julg. 06/04/2010.

381 REsp 953.805, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 25/02/2014.

382 REsp 1.276.434, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 07/08/2014.

383 REsp 1.480.881, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julg. 26/08/2015. Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção de decisões em destaque.

384 REsp 1.353.575, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 05/12/2013.

385 Precedente proferido no AgRg no REsp 1.154.806: "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (AgRg no REsp 1.154.806, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 28/02/2012).

386 REsp 1.021.684, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 14/04/2015.

387 Cita como precedente o AgRg AREsp 233.559, rel. min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julg. 10/12/2013.

388 REsp 1.611.910, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 11/10/2016.

389 REsp 1.598.077, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 28/06/2016.

390 REsp 1.583.228, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 23/08/2016.

391 Art. 215-A: "Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro".

392 Ressalta-se, contudo, que, em 2019, no AgRg nos EDcl no REsp 1.815.128, foi destacado o ponto de vista discordante do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que, embora tenha aplicado o entendimento majoritário, por mais de uma vez, acredita que "não é recomendável que as condutas de conjunção carnal, sexo oral e sexo anal possuam o mesmo tratamento jurídico-penal que se dá ao beijo lascivo, sob pena de verdadeira afronta à proporcionalidade" (AgRg nos EDcl no REsp 1.815.128, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 25/06/2019).

393 AgRg no HC 224.313, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 14/02/2012.

394 RHC 40.468, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 03/12/2013.

395 RHC 37.603, rel. min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julg. 24/09/2013.

396 Outras decisões nesse sentido foram classificadas dentro de "crimes contra a dignidade sexual".

397 Sobre o assunto, menciona-se aqui a edição, em 2017, da Lei nº 13.431, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, alterando o ECA. Seu art. 11, especificamente, prevê que: "o depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado".

398 HC 226.179, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 08/10/2013.

399 RHC 45.589, rel. min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, julg. 24/02/2015.

400 AgRg no AREsp 397.136, rel. min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, julg. 22/10/2013.

401 Art. 61: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida".

402 HC 396.017, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 22/08/2017.

403 HC 148.136, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julg. 22/02/2011.

404 Art. 61: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica".

405 HC 213.834, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 22/03/2018.

406 RHC 87.653, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 12/12/2017.

407 Os crimes classificados como pornografia infantil são aqueles previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C do ECA. A atual redação dos artigos, a partir das modificações e inclusões feitas pela Lei nº 11.829/2008, é a seguinte: art. 240: "Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente"; art. 241: "Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente"; art. 241-A: "Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente"; art. 241-B: "Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente"; art. 241-C: "Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual".

408 REsp 617.221, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 19/10/2004.

409 REsp 704.744, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 26/04/2005.

410 HC 177.472, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 21/06/2011.

411 CC 29.886, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julg. 12/12/2007.

412 HC 168.610, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 19/04/2012.

413 No REsp 154.3267, de 2015, complementando-se esse raciocínio: "é típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinoso das fotografias, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas – ainda que cobertos por peças de roupas –, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica" (REsp 1.543.267, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julg. 03/12/2015). Destaca-se também entendimento proferido no HC 471.335, em 2019: "na realidade, com a vigência da Lei n.º 11.829/2008, operou-se o fenômeno jurídico denominado 'continuidade normativo-típica', em que há a manutenção do caráter proibitivo da conduta, sendo apenas o tipo penal deslocado para outro dispositivo legal, como ocorreu no caso, em que a ação anterior descrita no art. 241 foi deslocada para o art. 241-A, ambos do ECA, com a alteração parcial da redação, mas sem a desconfiguração da essência do crime" (HC 471.335, rel. min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julg. 10/12/2019).

414 CC 29.886, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julg. 12/12/2007.

415 Ainda, conforme ressaltado no AgRg no CC 132.367, em 2014, tal foi o entendimento no RE 612.030 do STF (RE 612.030, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 22/02/2011).

416 CC 111.338, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 23/06/2010.

417 No mesmo sentido, já tinha se dado decisão no CC 57.411, rel. min. Hamilton Carvalho, Terceira Seção, julg. 13/02/2008. Além disso, frisa-se também decisão no CC 120.999, em 2012: "além do mais, o Brasil comprometeu-se perante a comunidade internacional a combater os delitos relacionados à exploração de crianças e adolescentes em espetáculos ou materiais pornográficos, ao incorporar no direito pátrio, por meio do decreto legislativo n.º 28 de 14/09/1990, e do Decreto n.º 99.710 de 21/12/1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas" (CC 120.999, rel. min. Alderita Ramos de Oliveira, Terceira Seção, julg. 24/10/2012).

418 STF, RE 628.624, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, julg. 28/10/2015.

419 Na única decisão em que existe debate sobre o crime de difamação e falsa identidade, o destaque se dá pela definição de competência. Como a questão envolvia o site Orkut, com a divulgação de exploração sexual infantil, "sendo possível que qualquer pessoa dele integrante acesse os dados constantes da página em qualquer local do mundo", estaria configurada a transnacionalidade e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal. Foi ressaltado também que o "Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual, em seu art. 16, prevê a proteção à honra e à reputação da criança". Decisão proferida no CC 112.616, rel. min. Gilson Dipp, Terceira Seção, julg. 13/04/2011.

420 REsp 1.679.465, rel. min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, julg. 13/03/2018.

421 AgRg no REsp 1.492.472, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 12/12/2017.

422 REsp 884.333, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 10/05/2007.

423 REsp 1.104.802, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 16/06/2009.

424 Art. 218-B: "Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. § 2º Incorre nas mesmas penas: I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

425 REsp 1.218.392, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 17/05/2012.

426 HC 221.480, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 02/05/2013.

427 Precedente citado em, por exemplo: RHC 37.606, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 30/06/2015; HC 240.707, rel. min. Newton Trisotto, Quinta Turma, julg. 1º/10/2015; RHC 80.481, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 04/04/2017.

428 AgRg no REsp 1.292.704, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 27/03/2014.

429 AgRg no AREsp 355.256, rel. min. Ericson Marinho, Sexta Turma, julg. 16/12/2014.

430 REsp 1.361.521, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 05/06/2014.

431 REsp 1.286.947, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 20/03/2012.

432 Trecho do REsp 1.361.521, 2014: "Inobstante o relevante critério de proteção ao adolescente, dominante na formação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da legalidade não permite ampliar a compreensão da elementar submissão (com necessário poder sobre outrem) para abranger a conduta ocasional e consentida".

433 HC 347.895, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 13/09/2016.

434 HC 288.374, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 05/06/2014.

435 REsp 1.490.891, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 17/04/2018.

436 HC 160.901, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 18/09/2018.

437 Sobre essa questão, algumas decisões se deram no sentido de reconhecer a mudança legislativa, mas não de aplicá-la em razão da data dos fatos, anteriores a 2009. E de se ressaltar que em grande parte dessas decisões, existe o reconhecimento de que não fosse a questão temporal, estaria caracterizada a conduta descrita no art. 218-B, caput e § 2º, I, do CP, considerando situações que envolvem prática de conjunção carnal com adolescente entre 14 e 18 anos em situação de exploração sexual, como, por exemplo, no RHC 37.606, em 2015: "II - **In casu**, o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito capitulado no art. 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal, pois teria praticado conjunção carnal com menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, em situação de prostituição, em julho de 2009. III - Na presente hipótese, ainda que a referida conduta possa, em tese, caracterizar a figura típica do art. 218-B, § 2º, I, do CP (favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável), é importante destacar que o fato aqui descrito ocorreu em julho de 2009, antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu a mencionada figura típica ao Código Penal, não podendo retroagir para regular fatos anteriores à sua edição por ser mais gravosa (v.g.: RHC 36.364/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 6/6/2014)" (RHC 37.606, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 30/06/2015). Em sentido semelhante: AgRg no REsp 1.334.507, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 12/02/2015; HC 240.707, rel. min. Newton Trisotto, Quinta Turma, julg. 1º/10/2015; HC 347.895, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 13/09/2016; RHC 80.481, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 04/04/2017; REsp 1.490.891, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 17/04/2018.

438 REsp 1.401.450, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 07/06/2016.

439 CC 38.517, rel. min. Assusete Magalhães, Terceira Seção, julg. 24/10/2012.

440 HC 287.408, rel. min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, julg. 22/04/2014.

441 Precedente do STF citado: RE 419.528, min. rel. p/ acórdão Cezar Peluso, Plenário, julg. 08/03/2006.

442 AgRg no REsp 1.683.478, rel. min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julg. 12/11/2019.

443 Destaca-se que, em relação às decisões classificadas dentro de vítima criança ou adolescente como "fornecimento de bebidas alcoólicas ou substâncias que podem causar dependência", não necessariamente estão relacionadas ao art. 243 ("vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica"), podendo aparecer apenas "tráfico

de drogas". Como a intenção foi de deixar claro em que medida as crianças ou adolescentes eram atingidos pelo crime mencionado, foram unificados dessa maneira. De qualquer modo, para além de uma identificação mais precisa, vale uma análise detalhada sobre as particularidades desses casos.

444 AgRg no Ag 1.276.131, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 07/04/2011.

445 AgRg no AgRg no REsp 1.235.995, rel. min. Ribeiro Dantas, julg. 15/12/2015.

446 Art. 61: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe".

447 REsp 1.474.086, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 15/12/2016.

448 A quarta decisão se deu no HC 367.897, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 09/03/2017.

449 Art. 239: "Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro".

450 AgRg na Rcl 3.445, rel. min. Celso Limongi, Terceira Seção, julg. 14/03/2011.

451 REsp 1.023.002, rel. min. Alderita Ramos de Oliveira, Sexta Turma, julg. 09/08/2012.

452 HC 268.459, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 02/09/2014.

453 Trecho do voto da ministra Maria Thereza de Assis Moura: "extraí-se do artigo 227 do Texto Maior, que 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. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas' (destaquei). No artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, estatui-se que a 'criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência'. Tem-se, portanto, uma preocupação normativa toda especial, conferindo-se sensível atenção à criança e ao adolescente, em diversos pontos, não sendo diferente em relação à saúde [...] Desta maneira, não obstante tratar-se dos pais ou responsáveis, a ausência de consentimento para a única saída para a preservação da vida de um adolescente, como na espécie, não representava, penso, óbice à transfusão de sangue, no horizonte descrito na denúncia. Exsurgiu, portanto, uma plêiade de fatores no período de internação retratado nos autos, a rechaçar a magnitude penal da atuação dos pacientes. Logo, se falha houve, teria sido, penso, dos médicos responsáveis pela internação, que, ausente a possibilidade de profícuo tratamento alternativo, não cumpriram com o seu dever de salvar a adolescente, com a única terapia de que dispunham".

454 REsp 1.223.781, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 23/08/2016.

455 Art. 149: "Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto".

456 Art. 136: "Expôr a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina".

457 REsp 1.324.976, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 21/03/2013.

458 HC 38.489, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 12/04/2005.

459 Embora tenham sido feitas classificações das decisões, é importante destacar que as decisões deste grupo podem e devem ser entendidas de maneira mais conjunta, tendo em vista que as questões que envolvem situações familiares, principalmente poder familiar, guarda, adoção, regulamentação de visitas e alimentos, costumam aparecer de maneira conectada nos casos em geral.

460 O número de subtemas é maior do que o montante total porque existem decisões que contemplam mais de uma discussão.

461 HC 15.219, rel. min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julg. 03/05/2001.

462 HC 101.067, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 19/06/2008.

463 HC 115.941, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. 02/04/2009.

464 HC 217.009, rel. min. Jorge Mussi, julg. 06/12/2011.

465 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".

466 HC 291.439, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 22/05/2014.

467 Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção das principais decisões. Vale ressaltar também que grande parte das decisões que citam expressamente o termo prioridade absoluta diz respeito ao tópico de prisão domiciliar: HC 356.668, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 16/06/2016; HC 417.665, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 26/06/2018; HC 412.263, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 07/08/2018; HC 414.169, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 21/08/2018; HC 456.301, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 23/08/2018; HC 470.549, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 12/02/2019; RHC 106.377, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 26/02/2019; RHC 104.145, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 26/02/2019; HC 489.926, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 19/03/2019; HC 487.817, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 23/04/2019; AgRg no HC 494.641, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 23/04/2019; HC 519.175, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 27/08/2019; RHC 118.237, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 10/10/2019; HC 541.349, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 03/12/2019.

468 RHC 45.434, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 27/06/2014.

469 HC 322.617, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 20/08/2015.

470 RHC 42.958, rel. min. Marilza Maynard, Sexta Turma, julg. 21/08/2014.

471 HC 355.229, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 24/05/2016.

472 HC 356.668, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 16/06/2016.

473 No mesmo sentido, em 2016, no RHC 74.933: "não obstante as alterações havidas no Código de Processo Penal pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), e o **munus** do Estado no 'fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância' (art. 14, § 1º), certo é que a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que não se trata de 'dever' do julgador a determinação do cumprimento da prisão preventiva em custódia domiciliar quando se verificarem as condições objetivas previstas em lei. Posto isso, o verbo 'poderá' constante do **caput** do art. 318 da lei adjetiva criminal não há de ser interpretado como uma obrigação judicial, sob pena de se extrair do magistrado a possibilidade de decidir de acordo com as peculiaridades concretas. Desse modo, nem toda pessoa com prole na idade indicada pelo dispositivo legal terá direito à cautela domiciliar, caso a medida não seja demonstrada como única providência cabível ao desenvolvimento infantil apropriado (Precedentes)" (RHC 74.933, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 18/10/2016).

474 HC 422.235, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 12/12/2017.

475 No mesmo sentido, por exemplo, HC 362.922, em 2017: "o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção a gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo

exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional" (HC 362.922, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 06/04/2017).

476 STF HC 143.641, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julg. 20/02/2018.

477 HC 383.606, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 27/02/2018.

478 A questão do momento foi definida no HC 366.517. Esse entendimento foi citado em várias decisões: "a orientação jurisprudencial desta Corte Superior firma-se no sentido de que a melhor exegese do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha (HC 366.517/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016)".

479 HC 366.616, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 27/04/2017.

480 HC 417.665, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 26/06/2018.

481 HC 452.911, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 07/08/2018. Nesse sentido: HC 456.301, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 23/08/2018; AgRg no HC 491.411, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julg. 04/06/2019.

482 AgRg no HC 5.170.113, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 08/10/2019.

483 RHC 106.377, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 26/02/2019.

484 HC 276.951, rel. min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, julg. 25/02/2014.

485 AgRg no REsp 1.702.274, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 19/04/2018.

486 REsp 1.440.024, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 18/08/2015.

487 Art. 7º: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - 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".

488 REsp 1.650.697, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 27/04/2017.

489 REsp 916.350, rel. min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julg. 11/03/2008.

490 REsp 993.458, rel. min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julg. 07/10/2008.

491 REsp 945.283, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 15/09/2009.

492 SEC 274, rel. min. Castro Meira, Corte Especial, julg. 07/11/2012.

493 Nesse sentido: SEC 10.700, rel. min. Raul Araújo, Corte Especial, julg. 03/06/2015; AgInt na SEC 14.097, rel. min. Laurita Vaz, Corte Especial, julg. 20/11/2017; SEC 15.091, rel. min. Humberto Martins, Corte Especial, julg. 07/03/2018.

494 REsp 1.172.067, rel. min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julg. 18/03/2010.

495 HC 279.059, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 10/12/2013.

496 REsp 1.635.649, rel. min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julg. 27/02/2018.

497 Art. 42: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando".

498 Art. 6º: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

499 Outra decisão que traz esse entendimento se deu em 2014, no REsp 1.448.969: "4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuíto meramente patrimonial ou assistencial, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual 'confusão mental e patrimonial' decorrente da 'transformação' dos avós em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (REsp 1.448.969, rel. min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julg. 21/10/2014).

500 REsp 1.785.754, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 08/10/2019.

501 Art. 42: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".

502 AgInt no REsp 1.520.454, rel. min. Lázaro Guimarães, Quarta Turma, julg. 22/03/2018.

503 REsp 27.901, rel. min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julg. 04/03/1997.

504 REsp 1.566.808, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 19/09/2017.

505 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. § 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso".

506 REsp 1.525.714, rel. min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 16/03/2017.

507 Destaca-se que, em 2015, no REsp 1.540.814, ainda que o recurso tenha sido comprometido por outras questões processuais, foi destacado que o Ministério Público Estadual havia defendido tese de que "o interessado homofetivo somente pode se inscrever para adoção de menor que tenha no mínimo 12 (doze) anos de idade, para que possa se manifestar a respeito da pretensa adoção", o que não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

508 REsp 1.281.093, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 18/12/2012.

509 STF, ADI 4.277, rel. min. Ayres Britto, Plenário, julg. 05/05/2011.

510 HC 31.449, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julg. 12/05/2004. Esta decisão é trabalhada com mais detalhes em seção específica.

511 Interessante observar precedente do HC 22.446, em 2002: "a vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho" (HC 22.446, rel. min. Eliana Calmon, Primeira Seção, julg. 11/09/2002).

512 HC 38.946, rel. min. José delgado, Primeira Seção, julg. 11/05/2005.

513 Em relação à expulsão de estrangeiro, algumas decisões destacam-se pela citação expressa, na linha do entendimento firmado no HC 31.449, da prioridade absoluta na resolução da questão. Além do próprio HC 31.449 (2004) e do HC 38.946 (2005), ainda estão presentes no banco o HC 90.760, rel. min. Denise Arruda, Primeira Seção, julg. 27/02/2008; HC 293.634, rel. min. Denise Arruda, Primeira Seção, julg. 22/10/2014; HC 427.775, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julg. 23/05/2018; HC 420.022, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, julg. 20/06/2018; HC 512.478, rel. min. Og Fernandes, Primeira Seção, julg. 27/11/2019.

514 Art. 55: "Não se procederá à expulsão quando: II - o expulsando: a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela".

515 HC 420.022, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, julg. 20/06/2018.

516 Muitos casos de necessidade de documentação para embarque de criança ou adolescente estão presentes no tópico de políticas públicas, a partir da infração administrativa prevista no art. 251, do ECA, de transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85.

517 REsp 1.550.166, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 21/11/2017.

518 Destaca-se que foram identificadas apenas 48 decisões que tratavam sobre destituição de poder familiar no STJ. Esse número pode ser um alerta em relação à proporção dos casos julgados em primeira instância sobre o assunto e aqueles que são discutidos nas instâncias superiores. Esse levantamento pode levar à suspeita sobre barreiras no acesso à justiça de famílias socialmente vulneráveis.

519 Em relação ao exercício do poder familiar, em decisão no REsp 1.131.594, em 2013, menciona-se expressamente o termo prioridade absoluta em caso que assentou que "a negativa de levantamento de valores depositados em juízo, a título de indenização securitária devida a beneficiária menor impúbere representada por sua genitora, ofende o disposto no art. 1.689, I e II, do CC/2002, sobretudo quando o objetivo da operação é propiciar a adequada gestão do patrimônio do incapaz e garantir-lhe condições de alimentação, educação e desenvolvimento, medidas com as quais se efetiva a prioridade absoluta constitucionalmente garantida à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227, **caput**, da CF/88)" (REsp 1.131.594, rel. min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 18/04/2013).

520 Art. 201: "Compete ao Ministério Público: III – promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da justiça da infância e da juventude; VIII – zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis".

521 REsp 1.177.636, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 18/10/2011.

522 REsp 1.176.512, rel. min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 1º/03/2012.

523 REsp 1.177.636, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 18/10/2011.

524 AgRg no Ag 1.369.745, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 10/04/2012.

525 REsp 1.296.155, rel. min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julg. 26/06/2013.

526 Nesse sentido: AgRg no REsp 1.416.820, rel. min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 18/12/2014; AgRg no AgRg no AREsp 298.526, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 10/06/2014; AgRg no RMS 48.773, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 1º/03/2016; e EAREsp 298.526, rel. min. Raul Araújo, Segunda Seção, julg. 24/05/2017.

527 REsp 245.657, rel. min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julg. 25/03/2003.

528 HC 274.845, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 12/11/2013.

529 AgRg no MC 18.329, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 20/09/2011.

530 HC 342.325, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 18/02/2016.

531 HC 439.885, rel. min. Lázaro Guimarães, Quarta Turma, julg. 15/05/2018.

532 HC 487.143, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 28/03/2019.

533 REsp 1.239.777, rel. min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julg. 12/04/2012.

534 REsp 158.086, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julg. 06/06/2000.

535 REsp 242.486, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julg. 03/02/2004.

536 Outro tópico interessante é a relativização da coisa julgada diante do progresso científico, já que antes de haver exame de DNA, algumas ações de investigação de paternidade não puderam ser assertivas em seu resultado. Já em 2001 houve decisão neste sentido, no REsp 226.436: "Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior, com sentença julgando improcedente o pedido" (REsp 226.436, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julg. 28/06/2001). Mais recentemente, houve decisão no STF em recurso extraordinário com repercussão geral no mesmo sentido, entendimento que também foi aplicado pelo STJ, como no AgInt no REsp 1.406.384, em 2016 – "a leitura do RE 363.889/DF, relator Ministro Dias Toffoli, permite concluir que, dentre outros fundamentos, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA – que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível – assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável" (AgInt no REsp 1.406.384, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 11/10/2016) – e também em 2017 no REsp 1.071.458 – "o Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de impedir ofensa à coisa julgada, desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético, o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade" (REsp 1.071.458, rel. min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 07/03/2017).

537 REsp 932.692, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 18/12/2008.

538 Em outras decisões também ressaltou-se essa questão, como no REsp 1.067.438, em 2009: "em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam socobrado" (REsp 1.067.438, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 03/03/2009). Também em 2012, no REsp 1.244.957: "mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva – relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família" (REsp 1.244.957, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 07/08/2012).

539 REsp 1.189.663, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 06/09/2011.

540 STF, RE 898.060, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julg. 21/09/2016.

541 AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1.607.056, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 15/10/2019.

542 REsp 1.167.993, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 18/12/2012.

543 REsp 1.274.240, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 08/10/2013.

544 REsp 1.608.005, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 14/05/2019.

545 Art. 1.593: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem".

546 REsp 1.548.187, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 27/02/2018.

547 Art. 147: "A competência será determinada: I – pelo domicílio dos pais ou responsável".

548 Destacam-se especialmente decisões sobre competência para julgamento de ações de guarda e adoção que se valem da argumentação do melhor interesse da criança e da prioridade absoluta: CC 54.084, rel. min. Jorge Scartezzini, Segunda Seção, julg. 13/09/2006; CC 92.473, rel. min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julg. 14/10/2009; CC 151.511, rel. min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julg. 11/10/2017; AgInt no CC 156.392, rel. min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julg. 25/09/2019.

549 CC 128.698, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 27/02/2018.

550 Art. 87: "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia".

551 Menciona-se também decisão no AgInt nos EDcl no CC 160.102, 2019: "2. O princípio do juiz imediato vem estabelecido no art. 147, I e II, do ECA, segundo o qual o foro competente para apreciar e julgar as medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivadas no ECA, é determinado pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária. 3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta, nomeadamente porque expressa norma cogente que, em certa medida, não admite prorrogação. 4. A jurisprudência do STJ, ao ser chamada a graduar a aplicação subsidiária do art. 87 do CPC frente à incidência do art. 147, I e II, do ECA, manifestou-se no sentido de que deve prevalecer a regra especial em face da geral, sempre guardadas as peculiaridades de cada processo" (AgInt nos EDcl no CC 160.102, rel. min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, julg. 14/05/2019).

552 REsp 659.498, rel. min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, julg. 14/12/2004.

553 REsp 510.969, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 06/10/2005.

554 A decisão no REsp 1.265.821, que gerou as teses citadas do Tema Repetitivo 717, é trabalhada na seção das decisões mais importantes.

555 REsp 1.308.666, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 06/09/2012.

556 Art. 201: "Compete ao Ministério Público: VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas; VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude".

557 REsp 1.295.020, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 20/05/2014.

558 REsp 1.318.386, rel. min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julg. 26/04/2016.

559 Destaca-se que não fez parte do levantamento desta pesquisa, porque estava fora do recorte proposto, mas o STJ também firmou entendimento de que "o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos" (Súmula 358/STJ).

560 As decisões que envolvem controle administrativo podem destoar um pouco da essência geral do grande tema de políticas públicas, porque estão mais ligadas à apuração administrativa de atos cometidos praticados contra crianças ou adolescentes.

561 Esses são os termos utilizados na coluna "tema específico 1" do banco de decisões. Sobre as informações presentes no banco de decisões, ver seção Metodologia.

562 "Saúde" e "educação" são termos utilizados na coluna "tema específico 2" do banco de decisões, por exemplo. Sobre as informações presentes no banco de decisões, ver seção Metodologia.

563 REsp 682.823, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 1º/03/2005.

564 REsp 681.012, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 06/10/2005. Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção de decisões em destaque. Mas vale desde logo destacar que, no mesmo sentido, também colocando em evidência a prioridade absoluta, temos as seguintes decisões: REsp 716.512, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 03/11/2005; REsp 700.853, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 06/12/2005; REsp 710.594, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 02/02/2006; AgRg no REsp 752.190, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 10/10/2006.

565 Entendimento aplicado, pela Segunda Turma a partir do REsp 688.052, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 03/08/2006.

566 Art. 7º: "A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

567 Art. 11: "É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde".

568 Art. 127: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

569 REsp 442.693, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 17/09/2002. No mesmo sentido: MC 2.540, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 28/08/2001; REsp 662.033, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 28/09/2004.

570 AgRg no REsp 1.330.012, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 17/12/2013.

571 Outras decisões em que foi mencionada a responsabilidade solidária em relação a essas ações, com destaque para a prioridade absoluta: AgRg no REsp 1.104.353, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 17/12/2015; REsp 1.645.067, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 07/03/2017.

572 Art. 98: "As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado".

573 Art. 148: "A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209".

574 Art. 208: "Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: VII – de acesso às ações e serviços de saúde".

575 Art. 209: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores".

576 REsp 1.486.219, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 25/11/2014.

577 EDcl no AREsp 24.798, rel. min. Castro Meira, Segunda Turma, julg. 07/02/2012.

578 REsp 437.279, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 17/02/2004.

579 Apenas destaque para mais uma decisão, de 2003, no REsp 560.723, que permitiu o levantamento do "saldo das contas vinculadas ao FGTS para custear tratamento de criança portadora do vírus HIV (dependente da titular)".

580 REsp 577.836, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 21/10/2004.

581 REsp 900.487, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 13/02/2007.

582 Art. 461: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial".

583 REsp 869.843, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 18/09/2007.

584 REsp 1.069.810, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julg. 23/10/2013.

585 AgRg no REsp 1.330.012, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 17/12/2013.

586 AgRg no REsp 1.104.353, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 17/12/2015.

587 AgRg no REsp 1.068.105, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 23/06/2016.

588 Outra decisão que trata da possibilidade de fornecimento de medicamento fora da lista do SUS se deu em 2019 no AgInt no RMS 38.520. Trecho da ementa: "5. A negativa de fornecimento de um medicamento ou tratamento imprescindível à criança, cuja ausência possa gerar risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, por si só, viola a Constituição Federal, pois vida e saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 6. É possível o fornecimento de medicamento, até mesmo quando não incorporado ao SUS por protocolos clínicos, desde que atestada a imprescindibilidade do uso do fármaco para a manutenção da saúde do paciente; a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e a existência de registro na ANVISA do medicamento. Precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos: REsp. 1.657.156/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 4.5.2018" (AgInt no RMS 38.520, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 15/04/2019).

589 AgRg no REsp 1.330.012, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 17/12/2013.

590 Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção de decisões em destaque.

591 Sobre a mesma questão, invocando argumentos que envolvem a prioridade absoluta, se deram as decisões no REsp 1.645.067, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 07/03/2017 e REsp 1.784.082, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 21/05/2019.

592 AgRg no REsp 1.502.239, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 18/02/2016.

593 Nesse sentido: AgInt nos EDcl no AREsp 879.749, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 02/02/2017.

594 REsp 212.961, rel. min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julg. 15/08/2000.

595 REsp 503.028, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 20/04/2004.

596 REsp 718.203, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 06/12/2005.

597 No mesmo sentido, ressaltando-se que são decisões que mencionam expressamente o termo "prioridade absoluta", deu-se decisão no REsp 736.524, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 21/03/2006.

598 REsp 485.969, rel. min. José Delgado, Primeira Seção, julg. 11/11/2003.

599 REsp 933.002, rel. min. Castro Meira, Segunda Turma, julg. 16/06/2009.

600 REsp 503.028, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 20/04/2004.

601 REsp 575.280, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 02/09/2004.

602 Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção de decisões em destaque.

603 REsp 718.203, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 06/12/2005.

604 REsp 1.185.474, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 20/04/2010.

605 Cita como precedente: "5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial" (REsp 1.041.197, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 25/08/2009).

606 No mesmo sentido, decisões que tratam da "reserva do possível" colocando em destaque a prioridade absoluta: AgRg no AREsp 790.767, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 03/12/2015; REsp 1.551.650, rel. min.

Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 19/05/2016; REsp 1.365.384, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 16/06/2016; REsp 1.608.044, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 10/11/2016; REsp 1.771.912, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 11/12/2018. Algumas delas reproduzem o seguinte trecho, que sintetiza o entendimento: "5. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública".

607 RMS 59.964, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 26/03/2019.

608 STF, ARE 677.008, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 29/03/2012.

609 Art. 53: "A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: V – acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. Destaca-se que esta redação do inciso V foi dada pela Lei nº 13.845/2019, que antes era assim estabelecido: "acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência".

610 REsp 1.175.445, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 04/03/2010.

611 REsp 1.178.854, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 09/03/2010.

612 Art. 53: "A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola".

613 REsp 1.199.587, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julg. 21/10/2010.

614 AgRg no REsp 1.207.683, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 24/11/2015.

615 REsp 63.128, rel. min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, julg. 11/03/1996.

616 REsp 630.765, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 23/08/2005.

617 Até 2012, o art. 90, VI, do ECA, tinha a seguinte redação: "As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de: VI – semiliberdade".

618 AgRg nos EDcl na SLS 346, rel. min. Barros Monteiro, Corte Especial, julg. 16/05/2007.

619 AgRg na SLS 753, rel. min. Barros Monteiro, Corte Especial, julg. 21/11/2007.

620 AgRg no RMS 41.445, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 27/05/2014.

621 AgRg na MC 4.829, rel. min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julg. 12/11/2002.

622 AgInt no REsp 1.614.192, rel. min. Og Fernandes, Segunda Turma, julg. 28/11/2017.

623 REsp 1.612.931, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 20/06/2017.

624 Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção de decisões em destaque.

625 REsp 489.522, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 19/08/2003.

626 Art. 97: "São medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem obrigação constante do art. 94, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos".

627 Art. 193: "Apresentada ou não a resposta, e sendo necessário, a autoridade judiciária designará audiência de instrução e julgamento, intimando as partes. § 4º A multa e a advertência serão impostas ao dirigente da entidade ou programa de atendimento".

628 No mesmo sentido: REsp 5.551, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 23/08/2005; REsp 578.582, rel. min. Castro Meira, Segunda Turma, julg. 31/03/2006; REsp 494.239, rel. min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julg. 16/05/2006; AgInt no AREsp 555.869, rel. min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julg. 17/10/2017.

629 REsp 776.549, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 15/05/2007.

630 REsp 1.653.359, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 19/10/2017.

631 Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção de decisões em destaque.

632 Art. 193: "Apresentada ou não a resposta, e sendo necessário, a autoridade judiciária designará audiência de instrução e julgamento, intimando as partes, § 3º Antes de aplicar qualquer das medidas, a autoridade judiciária poderá fixar prazo para a remoção das irregularidades verificadas. Satisfeitas as exigências, o processo será extinto, sem julgamento de mérito".

633 RMS 52.271, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 19/06/2018.

634 REsp 970.401, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 02/12/2010.

635 Menciona decisão proferida no HC 60.604, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 13/02/2007.

636 AgRg no REsp 1.323.470, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 04/12/2012.

637 MC 6.515, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 16/09/2003.

638 REsp 493.811, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 11/11/2003.

639 REsp 778.244, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 18/10/2005.

640 AgRg no REsp 871.204, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 27/02/2007.

641 REsp 208.893, rel. min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julg. 19/12/2003.

642 Para saber mais sobre essas decisões, conferir diretamente no banco.

643 RMS 10.600, rel. min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julg. 16/12/1999.

644 REsp 1.292.143, rel. min. Teori Zavascki, Primeira Turma, julg. 21/06/2012.

645 HC 251.225, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julg. 13/11/2012.

646 REsp 679.912, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 19/09/2006.

647 Nesse sentido também: REsp 937.748, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 19/06/2007; AgRg no REsp 1.384.707, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 26/11/2013; REsp 601.141, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 19/05/2016; REsp 1.727.270, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 24/04/2018; AgInt no AREsp 1.421.276, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 22/05/2019.

648 REsp 399.278, rel. min. Garcia Vieira, Primeira Turma, julg. 07/05/2002.

649 AgRg no REsp 625.583, rel. min. Denise Arruda, Primeira Turma, julg. 23/08/2005.

650 Relação com os arts. 74, 75, 76, 77, 78 e 79 do ECA.

651 AgRg na MC 11.402, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 06/06/2006.

652 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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

653 Art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

654 MS 14.041, rel. min. Teori Zavascki, Primeira Seção, julg. 09/09/2009.

655 REsp 263.283, rel. min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julg. 18/11/2003.

656 No mesmo sentido, REsp 240.302, rel. min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julg. 12/05/2005.

657 REsp 596.001, rel. min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julg. 11/05/2004.

658 REsp 621.906, rel. min. Denise Arruda, Primeira Turma, julg. 20/03/2007.

659 AgRg no Ag 1.303.238, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 02/12/2010.

660 AgRg no AREsp 305.822, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 11/06/2013.

661 REsp 1.569.814, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 02/02/2016.

662 No mesmo sentido, decisão no AgRg no AREsp 681.218, em 2016: "o aresto combatido encontra-se sedimentado no fundamento segundo o qual a distribuidora é responsável pelo fornecimento de material sem a embalagem opaca, pois, nos termos dos arts. 70 e 71 do ECA, é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Aduz, ainda, que a própria empresa admitiu ter distribuído tais revistas sem a devida embalagem opaca" (AgRg no AREsp 681.218, rel. min. Diva Malerbi, Segunda Turma, julg. 26/04/2016).

663 Art. 147: "A competência será determinada: § 3º Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo estado".

664 AgRg no AREsp 184.727, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 16/08/2012.

665 REsp 509.968, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 06/12/2012.

666 REsp 1.840.463, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 19/11/2019.

667 STF, ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, julg. 31/08/2016.

668 Art. 251: "Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta Lei: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência".

669 REsp 786.150, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 21/03/2006.

670 REsp 568.807, rel. min. Castro Meira, Segunda Turma, julg. 04/05/2006.

671 REsp 1.163.663, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 05/08/2010.

672 Súmula 74/STJ: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".

673 REsp 622.707, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 02/02/2010.

674 REsp 55.168, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julg. 28/08/1995.

675 REsp 1.636.815, rel. min. Og Fernandes, Segunda Turma, julg. 05/12/2017.

676 REsp 767.089, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julg. 15/09/2005.

677 REsp 1.117.633, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 09/03/2010.

678 REsp 1.782.212, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 05/11/2019.

679 REsp 1.412.704, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 16/12/2014.

680 STF, ADC 17, rel. min. Edson Fachin, Plenário, julg. 1º/08/2018.

681 Depois do julgamento da ADC 17, houve no STJ julgamento dos AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 563.978, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 21/03/2019.

682 Primeira decisão registrada no banco em 1996, REsp 67.647, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 06/02/1996. Depois, outras seguiram o mesmo entendimento: REsp 122.387, rel. min. Salvío de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julg. 16/09/1998; REsp 184.773, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 23/11/1998; REsp 127.097, rel. min. Nilson Naves, Segunda Seção, julg. 14/04/1999; REsp 208.872, rel. min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julg. 19/02/2001; REsp 167.541, rel. min. Antônio de Padua Ribeiro, Terceira Turma, julg. 02/12/2003.

683 REsp 51.408, rel. min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julg. 26/08/1996.

684 REsp 975.397, rel. min. Denise Arruda, Primeira Turma, julg. 10/11/2009.

685 REsp 1.188.105, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 05/03/2013.

686 REsp 1.558.086, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 10/03/2016.

687 HC 207.720, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 1º/12/2011.

688 "ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER NORMATIVO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. LÍMITES. LEI 8.069/90, ART. 149. 1. Ao contrário do regime estabelecido pelo revogado Código de Menores (Lei 6.697/79), que atribuía à autoridade judiciária competência para, mediante portaria ou provimento, editar normas 'de ordem geral, que, do seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor' (art. 8º), atualmente é bem mais restrito esse domínio normativo. Nos termos do art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a autoridade judiciária pode disciplinar, por portaria, 'a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsáveis' nos locais e eventos discriminados no inciso I, devendo essas medidas 'ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral' (§ 2º). É evidente, portanto, o propósito do legislador de, por um lado, enfatizar a responsabilidade dos pais de, no exercício do seu poder familiar, zelar pela guarda e proteção dos menores em suas atividades do dia a dia e, por outro, preservar a competência do Poder Legislativo na edição de normas de conduta de caráter geral e abstrato. 2. Recurso Especial provido" (REsp 1.046.350, rel. min. Teori Zavascki, Primeira Turma, julg. 15/09/2009).

689 REsp 182.549, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 15/10/1998.

690 REsp 1.407.866, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 03/10/2013.

691 Art. 25: "Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. § 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social".

692 Art. 154: "Aplica-se às multas o disposto no art. 214".

693 Art. 214: "Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município".

694 REsp 512.145, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 28/10/2003.

695 REsp 564.749, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 16/09/2004.

696 REsp 1.677.903, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 28/11/2017.

697 Art. 16: "São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; § 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação".

698 REsp 354.240, rel. min. Vicente Leal, Sexta Turma, julg. 1º/10/2002.

699 REsp 762.329, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 06/12/2005.

700 EREsp 727.716, rel. min. Celso Limongi, Terceira Seção, julg. 10/02/2010.

701 RMS 36.034, rel. min. Benedito Gonçalves, Terceira Seção, julg. 26/02/2014.

702 MS 20.589, rel. min. Raul Araújo, Corte Especial, julg. 03/06/2015.

703 Art. 5º: "Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal".

704 REsp 1.411.258, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 11/10/2017. Esta decisão é trabalhada com mais detalhes na seção de ações em destaque. Destaca-se que considerando as decisões que se referem expressamente à prioridade absoluta e estão relacionadas ao REsp 1.411.258, ainda existem: PUIL 67, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, julg. 22/11/2017; REsp 1.428.492, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 13/03/2018; AgInt no REsp 1.386.954, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 19/04/2018; AgInt no REsp 1.542.353, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 18/03/2019.

705 REsp 1.306.883, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 02/05/2013.

706 REsp 1.339.645, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 03/03/2015. Destaca-se que considerando as decisões que se referem expressamente à prioridade absoluta e estão relacionadas ao REsp 1.339.645, ainda existem: AgRg no REsp 1.550.168, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 15/10/2015; AgRg no REsp 1.534.540, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 19/11/2015; AgRg no REsp 1.282.737, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 16/08/2016; AgInt no REsp 1.316.633, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 15/09/2016; EDcl no AgInt no REsp 1.316.633, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 18/05/2017.

707 Nos casos em questão, os atos praticados foram: agressão, participação em "racha" e disparo de arma de fogo.

708 REsp 299.048, rel. min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julg. 21/06/2001.

709 REsp 777.327, rel. min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julg. 17/11/2009.

710 Elas se concentram nos seguintes assuntos: abandono afetivo, material ou moral (5 decisões); acidente causado após programa de televisão (1 decisão); acidente com botijão de gás (1 decisão); acidente com fogos de artifício (1 decisão); acidente com máquina de grama (1 decisão); acidente com resíduo industrial (2 decisões); acidente de trânsito (17 decisões); acidente em casa (1 decisão); acidente em circo (1 decisão); acidente em complexo de lazer/clube (4 decisões); acidente em delegacia (1 decisão); acidente em escola (11 decisões); acidente em ferrovia (2 decisões); acidente em prédio (1 decisão); acidente em restaurante (1 decisão); acidente em shopping (1 decisão); acidente/erro/tratamento médico (53 decisões); adoção para trabalhos domésticos (1 decisão); agressões físicas e verbais (1 decisão); ataque de cachorro (1 decisão); atraso no embarque de criança com deficiência (1 decisão); bala perdida (2 decisões); condições precárias de alojamento e higiene em clubes de futebol (1 decisão); contaminação alimentar (2 decisões); demora no fornecimento da declaração de nascido vivo (1 decisão); desaparecimento (1 decisão); deslizamento de terra (1 decisão); detenção indevida (2 decisões); divulgação de dados sigilosos (Ministério Público) (1 decisão); divulgação de pornografia infantil (1 decisão); eletrocussão (10 decisões); erro no registro (1 decisão); homicídio (1 decisão); impedimento de criança doente frequentar aulas (1 decisão); morte dos pais (1 decisão); morte em unidade socioeducativa (1 decisão); morte por agente de segurança (1 decisão); negativa de embarque por falta de autorização (2 decisões); ofensas em escola (1 decisão); ofensas em programa de televisão (1 decisão); pai que batiza filho sem consentimento da mãe (1 decisão); pedofilia/abuso sexual (2 decisões); queda de muro (público) (1 decisão); queda em buraco (2 decisões); recusa de matrícula em escola (1 decisão); tratamento vexatório em unidade socioeducativa (1 decisão); e veiculação de nome ou imagem de criança ou adolescente (16 decisões).

711 Ressalta-se, inclusive, que, em geral, essas discussões sobre o valor da indenização trazem um debate sobre o afastamento ou não, da incidência da Súmula 7/STJ ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso

especial"), sendo assentado que ela pode ser afastada quando o valor for considerado irrisório ou exorbitante.

712 REsp 1.517.973, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 16/11/2017. Esta decisão é trabalhada com mais detalhes em seção específica.

713 REsp 1.442.083, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 21/09/2017. Esta decisão é trabalhada com mais detalhes em seção específica.

714 REsp 1.628.700, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 20/02/2018.

715 Art. 15: "A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

716 Art. 17: "O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais".

717 Súmula 403/STJ: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

718 REsp 858.511, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 19/08/2008.

719 Frisa-se que outras decisões poderiam ser colocadas neste tema, como aquelas que tratam de licença-maternidade ou paternidade, contudo, a equipe optou por classificá-las no grande tema de convivência familiar. Também se destaca que não consta do levantamento feito nesta pesquisa, porque fora do recorte proposto, mas o STJ também firmou entendimento, consolidado na Súmula 310, de que "o auxílio-creche não integra o salário de contribuição".

720 Tema Repetitivo 297, REsp 1.133.863, rel. min. Celso Limongi, Terceira Seção, julg. 13/12/2010.

721 CC 38.623, rel. min. Luiz Fux, Primeira Seção, julg. 26/02/2004.

722 CC 53.279, rel. min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, julg. 26/10/2005.

723 CC 98.033, rel. min. Castro Meira, Primeira Seção, julg. 12/11/2008.

724 CC 83.804, rel. min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, julg. 27/02/2008.

725 Art. 428: "Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação".

726 CC 132.669, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, julg. 23/04/2014.

727 CC 143.006, rel. min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julg. 26/10/2016.

728 CC 132.930, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julg. 11/06/2014.

729 REsp 450.356, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 26/11/2002.

730 REsp 1.517.973, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 16/11/2017.

731 Alguns dos precedentes citados: REsp 1.402.475, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 09/05/2017; REsp 1.101.949, rel. min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 10/05/2016.

732 REsp 1.653.359, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 19/10/2017.

733 Art. 191: "O procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não governamental terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos. Parágrafo único. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério

Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada".

734 Art. 461: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

735 Art. 152: "Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente".

736 Art. 153: "Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público".

737 Cita como precedentes: RMS 36.949, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 13/03/2012; REsp 662.033, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 28/09/2004; REsp 442.693, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 17/09/2002.

738 REsp 1.411.258, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 11/10/2017.

739 O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) atuou como **amicus curiae**.

740 "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário."

741 Art. 16: "São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; § 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação".

742 EREsp 727.716, rel. min. Celso Limongi, Terceira Seção, julg. 10/02/2010.

743 REsp 1.442.083, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 21/09/2017.

744 Do que foi possível entender no voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, é que o conflito em que teria havido a agressão tinha como motivo "disputa de senha para atendimento odontológico no Hospital das Clínicas, da rede pública de saúde, situado em Vitória, ES".

745 REsp 1.612.931, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 20/06/2017.

746 Art. 172: "O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente. Parágrafo único. Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em coautoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria".

747 Cita dois precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: AgRg no ARE 886.710, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. 03/11/2015; AgRg no RE 669.635, rel. min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julg. 17/03/2015.

748 HC 351.732, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 24/05/2016.

749 Art. 117: "Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental".

750 Art. 101: "Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental".

751 AgRg no AgRg no AREsp 685.750, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 27/10/2015.

752 AgRg no REsp 1.330.012, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 17/12/2013.

753 "Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar."

754 "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

755 REsp 1.480.881, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julg. 26/08/2015.

756 HC 291.439, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 22/05/2014.

757 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 746-747.

758 Considera-se o banco de decisões que compõe esta pesquisa.

759 REsp 1.265.821, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 14/05/2014.

760 O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) participou como **amicus curiae**.

761 REsp 1.269.299, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 15/10/2013.

762 REsp 659.498, rel. min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, julg. 14/12/2004.

763 Art. 201: "Compete ao Ministério Público: III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude".

764 Art. 98: "As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta".

765 STF, ADI 3.463, rel. min. Ayres Britto, Plenário, julg. 27/10/2011.

766 REsp 1.308.666, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 06/09/2012.

767 REsp 976.021, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 14/12/2010.

768 Outra decisão semelhante, envolvendo crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade está presente no AgRg no REsp 1.323.470. Especificamente a questão de fundo discutia sobre a "necessidade de exaurimento de instâncias junto ao Conselho Tutelar para recorrer ao Poder Judiciário". Considerou a decisão que o STJ tem entendimento de que o art. 153 do ECA permite ao "juiz, até mesmo de ofício, ouvido o Ministério Público, adequar o procedimento às peculiaridades do caso, ordenando as providências necessárias para assegurar a proteção integral da criança e do adolescente". Desse modo, considerando a situação existente de envolvimento com tráfico de drogas e evasão escolar, determinou que fossem adotadas "as medidas necessárias para superação desta situação de vulnerabilidade social pelo Juízo de Primeiro Grau, que está mais próximo dos fatos e portanto está mais habilitado para a tomada de todas as medidas necessárias em articulação com o Poder Executivo e demais instâncias competentes" (AgRg no REsp 1.323.470, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 04/12/2012).

769 REsp 681.012, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 06/10/2005.

770 Art. 7º: "A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

771 Art. 11: "É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde".

772 REsp 718.203, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 06/12/2005.

773 HC 31.449, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julg. 12/05/2004.

774 REsp 575.280, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 02/09/2004.

775 Este artigo contava, até 2016, com a seguinte redação: "Art. 54. É dever

do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

776 Este artigo contava, até 2016, com a seguinte redação: “Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

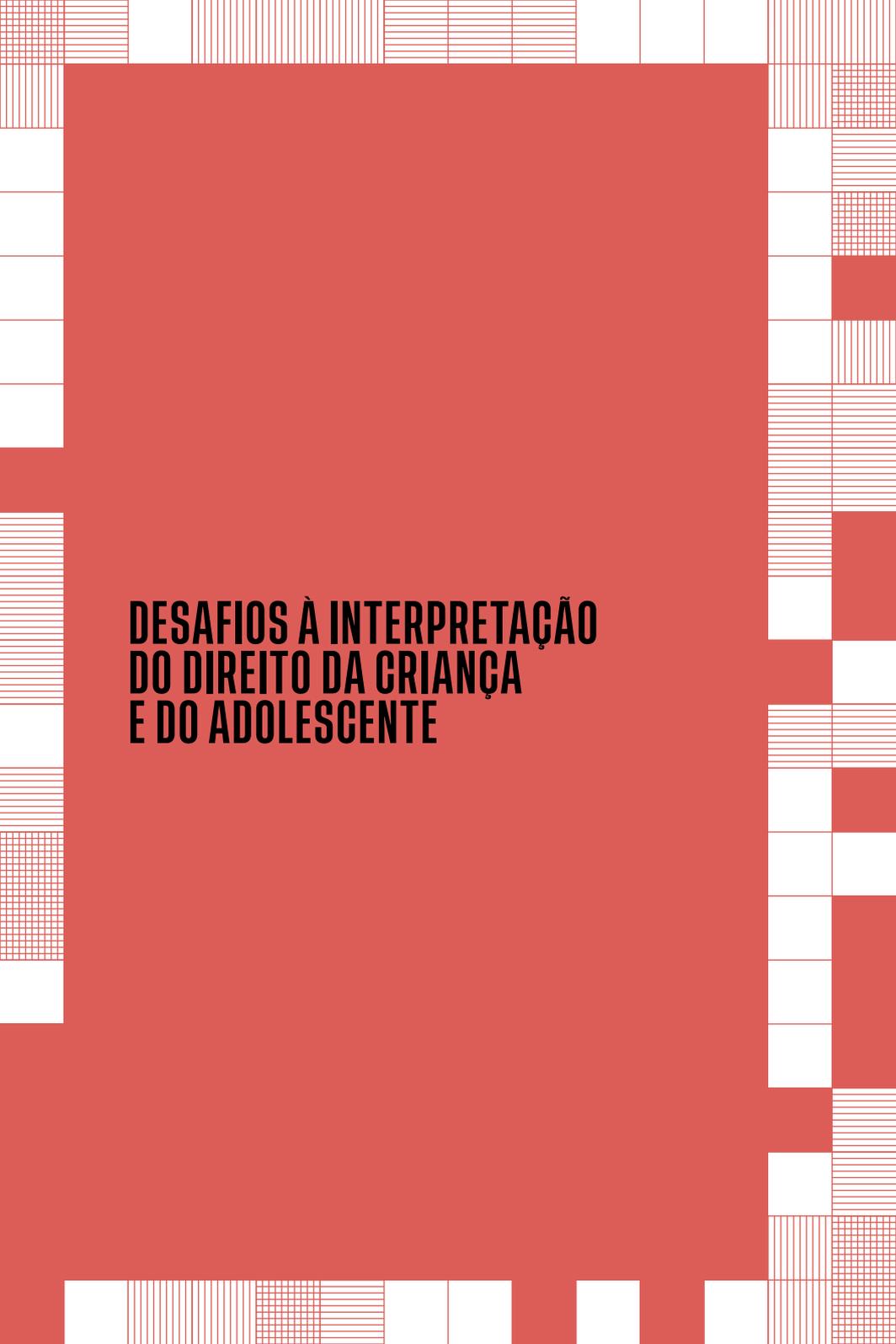
777 Art. 213: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

778 REsp 169.876, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 16/06/1998.

779 Voto muito semelhante ao proferido no REsp 577.836, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 21/10/2014.

780 REsp 1.185.474, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 20/04/2010.

781 REsp 577.836, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 21/10/2004.

The background of the page is a solid red color. It is framed by a decorative border composed of various geometric patterns in white and red. These patterns include vertical and horizontal lines, grids, and squares, creating a complex, architectural look. The patterns are most prominent along the top, bottom, and right edges, with the left edge also featuring a vertical strip of patterns.

**DESAFIOS À INTERPRETAÇÃO
DO DIREITO DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE**

A análise permitiu a identificação de três desafios à interpretação da prioridade absoluta nos casos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: 1) resquícios simbólicos da doutrina da situação irregular; 2) falta de densidade normativa da noção de prioridade absoluta e; 3) obstáculos processuais à admissibilidade de ações. Cada um desses desafios será, a seguir, detalhado.

1. Resquícios simbólicos da doutrina da situação irregular

Ambos os tribunais possuem decisões que referendam garantias de crianças e adolescentes, no sentido da proteção integral e prioridade absoluta do art. 227 da Constituição Federal, e parecem veicular uma visão do direito da criança e do adolescente compatível com o paradigma

da proteção integral. Ainda assim, no nível simbólico relacionado à terminologia utilizada nas decisões, é possível perceber resquícios da doutrina da situação irregular. As decisões referem-se aos adolescentes, em geral, como “menores”, e são carregadas por expressões como “menor infrator”, “menor em conflito com a lei”, “risco social do menor”, menor com “transtornos mentais” e até mesmo menor em “situação de risco”. A reprodução mecânica de nomenclaturas não mais adequadas ao atual paradigma de proteção de crianças e adolescentes carrega as decisões com um peso de instrumentalização das crianças e dos adolescentes, mesmo em casos nos quais o conteúdo da decisão reconhece e aplica seus direitos. Isso representaria um desafio à propagação de uma cultura de respeito ao paradigma da proteção integral, que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

A exceção se dá em relação ao sistema socioeducativo, no qual os resquícios da doutrina da situação irregular parecem ser bem mais do que simbólicos. Em diversas decisões na temática, é possível ver a prioridade absoluta subvertida e utilizada para punir. No STF, ela é utilizada, por exemplo, para afastar parâmetros objetivos de verificação de reiteração em atos infracionais. A lógica, no caso, é que caberia ao juiz atentar-se às peculiaridades do adolescente para verificar se é o caso de determinar medida de internação ou não, independentemente de haver a prática anterior de três atos infracionais. Ainda que as finalidades pareçam nobres, não foi possível identificar um caso no qual essa lógica é utilizada para afastar a aplicação de medida de internação a jovem anteriormente condenado pela prática de três atos infracionais de natureza grave. Ela é, em geral, utilizada para justificar a internação de adolescente anteriormente condenado por um único ato infracional. O livre convencimento motivado do juiz é utilizado, na temática, para criar a possibilidade de

que o juiz dirija de laudo psicológico e decida como bem entender a respeito de progressão ou da medida socioeducativa cabível. Da mesma forma, contudo, esse entendimento acaba por justificar uma divergência no sentido da internação.

Além de situações semelhantes ao STF, de justificação para a internação e de possibilidade de livre convencimento do juiz frente a laudo psicológico para indeferir substituição por medida mais branda, no STJ destacam-se outros casos, como a possibilidade de cumprimento da medida socioeducativa de internação em local longe da residência da família, quando isso puder afastar o adolescente de uma “situação de risco” ou ainda quando houver superlotação de unidade mais próxima. Também nesse sentido houve a decisão de cumprimento imediato da medida, que por não ter caráter de pena, mas sim pedagógico, não teria a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão, até para que ela não perdesse seu objetivo. Por fim, destaca-se a tendência de flexibilização aos requisitos presentes no art. 122 do ECA, para que haja a determinação de medida de internação, considerando outras circunstâncias da vida do adolescente – como abandono escolar, uso de drogas, falta de apoio familiar.

Essa compreensão errônea, que subverte a noção de prioridade absoluta, parece partir da premissa de que medidas socioeducativas teriam caráter eminentemente pedagógico e, com isso, atenderiam ao interesse dos socioeducandos. Há também nos tribunais boas decisões que relativizam essa premissa, ao se afirmar, por exemplo, a excepcionalidade das medidas socioeducativas. Isso não impede, contudo, que alguns dogmas pareçam estar incrustados nos ministros e sejam repassados ou tidos como premissas de outras decisões, sem que se perceba a contradição. É o caso, por exemplo, da impossibilidade de determinação de medida de internação com base

na gravidade abstrata do ato infracional. A partir dessa premissa, não seria possível determinar a internação em razão da prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas. Ainda que formalmente os tribunais façam questão de indicar que esse ato infracional não deve levar de imediato à imposição de medida gravosa, há decisões que levam esse elemento em consideração na apreciação da liminar⁷⁸², como ato infracional grave a ser considerado para efeitos de reiteração⁷⁸³, pois medida mais branda não foi suficiente para afastá-lo da prática, como elemento a colaborar para circunstâncias particulares do caso a justificar a semiliberdade de adolescente em situação de “risco social”⁷⁸⁴ ou, como destacado anteriormente, particularmente em relação ao STJ, utilizado como um fator a justificar a internação somado a outras circunstâncias da vida do adolescente⁷⁸⁵. Utiliza-se, assim, a retórica de que são jovens em formação para consagrar sua punição como se adultos fossem.

2. Falta de densidade normativa da noção de prioridade absoluta

Poucas decisões efetivamente debruçam-se sobre o conceito de prioridade absoluta, desenvolvem suas implicações e o aplicam como fundamento nuclear da decisão de casos. Tanto decisões quanto pedidos costumam reproduzir o art. 227 da Constituição Federal na íntegra, sem discorrer sobre suas implicações doutrinariamente. Portanto, apesar do alto número de decisões em geral, tanto no STF quanto no STJ, muitas delas garantindo a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, elas não se deram no sentido de firmar entendimentos consolidados a respeito da prioridade absoluta.

Uma hipótese explicativa para essa ausência de desenvolvimento normativo pode ser a carência de litígios estruturais que tenham por argumento chave a prioridade

absoluta. Como visto, 99% das decisões proferidas pelo STF em temática de direito da criança e do adolescente ocorreram em sede de ações de controle concreto, isto é, em demandas subjetivas que chegam ao STF sobretudo por meio de *habeas corpus*, recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários. Ainda que litígios estratégicos possam ser estruturados também em ações relacionadas ao controle incidental – a exemplo do *habeas corpus* coletivo para prisão domiciliar de mães de crianças até 12 anos (HC 143.641) –, parece ser comum que a atuação de entidades de defesa de direitos na estruturação de litígios concentre-se em ações de controle concentrado⁷⁸⁶. A pequena quantidade de decisões de controle abstrato, com isso, diz muito a respeito do perfil do litígio e sua deficiência.

3. Obstáculos processuais à admissibilidade de ações

O terceiro desafio corresponde aos obstáculos processuais à admissibilidade de ações. Ele foi mais perceptível no Supremo Tribunal Federal – pois nesse tribunal a análise abarcou também decisões monocráticas – e consiste na constatação de que diversas temáticas não chegam a ser materialmente discutidas pelo tribunal porque chegam até ele em conflitos subjetivos que não ultrapassam a barreira de admissibilidade. Nesses casos, o STF nega seguimento aos casos por reputar inexistir matéria constitucional envolvida.

O modo como o STF construiu e aplica sua jurisprudência a respeito da admissibilidade de recursos extraordinários e *habeas corpus* acaba, por vezes, sendo um obstáculo à apreciação do mérito de casos envolvendo a interpretação da prioridade absoluta. Em alguns casos, essa jurisprudência restritiva acaba por, na prática, referendar decisões que deturpam o significado da proteção

integral. Isso é observável, em especial, quanto a três entendimentos: a impossibilidade de apreciação de recurso extraordinário que discuta legislação infraconstitucional e implique ofensa meramente oblíqua à Constituição Federal (Súmula 280/STF)⁷⁸⁷; a impossibilidade de reexame de matéria fática (Súmula 279/STF)⁷⁸⁸; e a inadmissibilidade de *habeas corpus* contra decisão liminar de relator do STJ (Súmula 691/STF)⁷⁸⁹.

O art. 227 da Constituição Federal tem por característica a amplitude de incidência e a orientação para a interpretação de toda e qualquer questão relacionada ao direito da criança e do adolescente, ao estabelecer que cabe ao Estado, família e sociedade, 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. A universalidade e a abrangência do dispositivo constitucional contrastam com uma jurisprudência restrita que exige direta e evidente violação à Constituição Federal para que o recurso extraordinário seja admissível. Com isso, muitos recursos extraordinários nos quais alega-se a violação ao art. 227 da CF tem seu seguimento negado com a justificativa de que envolvem matéria infraconstitucional, isto é, interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa jurisprudência restritiva representa um desafio, pois o art. 227 da CF traz consigo orientação que dá o sentido para a interpretação de todos os dispositivos do ECA.

Além disso, é muitas vezes em casos concretos, de aplicação de direitos, que dúvidas surgem a respeito da interpretação que melhor se adequa à prioridade absoluta. Daí a dificuldade imposta também pela jurisprudência de impossibilidade de reapreciação de matéria fática. Diante dessa dificuldade, há casos nos quais o tribunal acaba confiando e reproduzindo a análise do tribunal de origem

a respeito de qual solução, no caso concreto, teria mais conformidade com a proteção integral.

Por fim, também impossibilidade de conhecer de *habeas corpus* contra liminar de relator de tribunal de origem acaba limitando a área de atuação do STF, especialmente quando o caso envolve urgência ou risco de perder sua razão de ser caso seja necessário aguardar a decisão de mérito, com conseqüente interposição de *habeas corpus* ou recurso. Isso parece ser especialmente verdade em casos envolvendo medidas socioeducativas, nas quais há o limite de idade de 21 anos, bem como nos casos de encarceramento de grávidas, lactantes e mães de crianças de até 12 anos. O tribunal admite uma atenuação da súmula nos casos de ilegalidade flagrante, mas o rigor no juízo a respeito do que consiste em ilegalidade flagrante nem sempre é homogêneo.

Tanto no caso de admissibilidade de recursos extraordinários quanto no caso da apreciação de flagrantes constrangimentos ilegais, a aplicação desses obstáculos formais acaba dependendo do juízo de valor do relator do caso, com alguma margem de apreciação, tanto na avaliação do que consiste em análise de legislação infraconstitucional e da matéria fática, quanto na avaliação do que configura ilegalidade flagrante no caso de *habeas corpus*. Com isso, algumas decisões possuem maior tolerância; outras, menor tolerância. Algumas são mais restritivas; outras, menos.

NOTAS DE RODAPÉ

782 Por exemplo, STF, HC-MC 147.193, rel. min. Marco Aurélio, Monocrática, julg. 10/10/2019.

783 STF, HC 160.612, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 21/08/2018; STF, HC 159.903, rel. min. Alexandre de Moraes, Monocrática, julg. 09/08/2018; STF, HC 151.790, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 19/12/2017; STF, HC 84.218, rel. min. Joaquim Barbosa, julg. 24/11/2004.

784 STF, RHC 154.123, rel. min. Celso de Mello, Monocrática, julg. 19/04/2018.

785 Por exemplo, STJ, HC 41.333, rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julg. 02/08/2005; STJ, HC 173.636, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 16/09/2010.

786 Em três pesquisas realizadas pelo Supremo em Pauta, da FGV Direito SP, destinadas a verificar a agenda do STF em matéria de direitos da criança e do adolescente, direito socioambiental e discriminação, foi possível constatar que as participações de entidades de defesa de direitos como **amici curiae** estavam mais presentes em ações de controle concentrado. Por isso a conclusão de que parece ser comum a centralização de litígios em ações dessa natureza.

787 De acordo com a Súmula 280 do STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

788 De acordo com a Súmula 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

789 De acordo com a Súmula 691 do STF: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de **habeas corpus** impetrado contra decisão do relator que, em **habeas corpus** requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

CONCLUSÃO DA PESQUISA

A pesquisa “ A prioridade absoluta dos direitos de crianças e adolescentes nas cortes superiores brasileiras” debruçou-se sobre um universo de 12.546 decisões, entre monocráticas e acórdãos, de ambos os tribunais, proferidas entre 1988 e 2018.

A distribuição das decisões judiciais em temas permite verificar a dinâmica do litígio que chegou às cortes superiores e que pautou a interpretação dos direitos de crianças e adolescentes. Agrupadas também por quinquênios, é possível perceber e mensurar o impacto de novas legislações, interpretações e instituições nos casos decididos pelas cortes superiores.

Tais dados permitem concluir uma prevalência de temas oriundas da esfera de justiça juvenil e sistema socioeducativo e penal nos casos decididos pelas cortes. Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal

Federal interpretam os direitos de crianças e adolescentes a partir de ações relacionadas a medidas socioeducativas ou à incidência de normas penais em crimes nos quais crianças e adolescentes figuram como vítimas. Mesmo o terceiro tema prevalente, relativo à convivência familiar, é caracterizado pela interface penal: trata, em sua maioria, da aplicação da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, seja em decorrência de alteração normativa, seja pelo impacto da decisão proferida em *habeas corpus* coletivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse perfil de litígio e, conseqüentemente, das decisões judiciais faz com que a prioridade absoluta seja, de alguma forma, colonizada pela lógica persecutória. Também mostra, claramente, o impacto que litigantes institucionais, como Defensoria Pública e Ministério Público, geram na configuração dos temas levados ao tribunal: é a agenda dessas instituições que molda o litígio das cortes superiores⁷⁹⁰.

A quase totalidade das decisões analisadas foram tomadas em litígios subjetivos. Apenas 1% das decisões relativas a crianças e adolescentes se deu em processos de controle abstrato de constitucionalidade, o que pode explicar a ausência de uma posição clara dos tribunais quanto à prioridade absoluta: circunscritas pelos limites subjetivos da demanda, as decisões judiciais em geral pouco avançaram nos desdobramentos específicos da prioridade absoluta, delimitando com maior ênfase os direitos subjetivos em disputa. Aqui é importante destacar que debates processuais sobre a admissibilidade de recurso especial e recurso extraordinário também servem de barreira ao avanço da interpretação sobre prioridade absoluta.

Mesmo as decisões relativas a políticas públicas (saúde, educação, lazer) são informadas pela prioridade absoluta, mas sem conferir grande densidade normativa à expressão. Problemas estruturais de nossas cortes supe-

riores, como a ínfima cultura de precedentes e o uso excessivo de decisões monocráticas, também são perceptíveis na pesquisa e mostram a dificuldade de se traçar uma evolução no entendimento sobre a prioridade absoluta.

Ademais, resiste, ainda, uma interpretação “menorista” dos direitos das crianças e dos adolescentes, mesmo passados 30 anos da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda assim, há casos paradigma em ambos os tribunais que são representativos de uma interpretação que expande o âmbito de proteção da prioridade absoluta. É relevante notar que a maior parte desses casos foi julgada a partir dos anos 2000, indicando também o tempo processual para sua análise pelas cortes superiores.

A grande conclusão é a de que há muito espaço para promover um avanço na interpretação da prioridade absoluta nos tribunais superiores. Esta pesquisa mostra os caminhos e atalhos para se chegar lá.

NOTA DE RODAPÉ

790 Ressalta-se, inclusive, a constatação de que as decisões começam a aumentar de maneira mais marcante entre 2005 e 2009, o que é compatível, por exemplo, com a criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em 09/01/2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

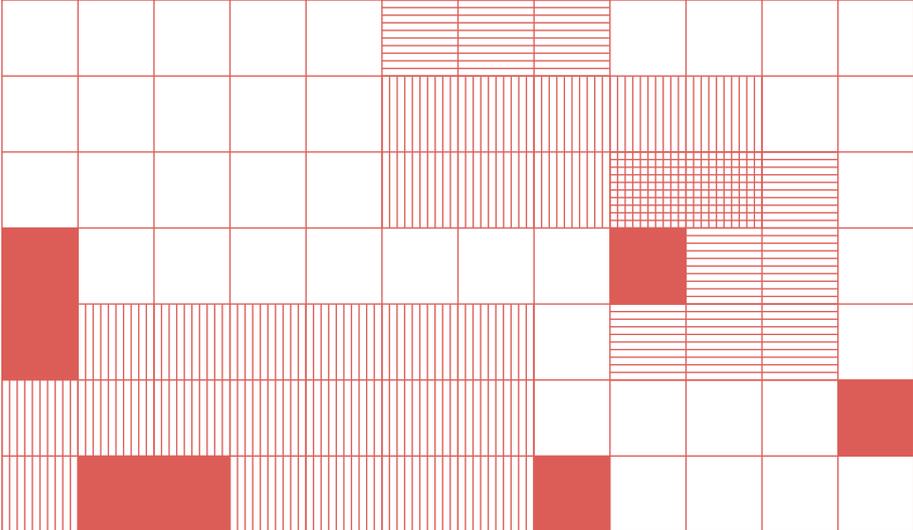
CRUZ, Lílian; HILLESHEIM, Betina; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Infância e políticas públicas: um olhar sobre as práticas psicológicas, **Psicologia & Sociedade**, v. 17, n. 3, p. 42-49, 2005.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **Justiça restaurativa para a criança e o adolescente: uma justiça que humaniza o processo socioeducativo**. Artigo originalmente apresentado na XXII Conferência Nacional dos Advogados. Tribuna Livre. Painel 03. Rio de Janeiro, outubro de 2014.

LUZ, Lucas Henrique; NATALI, Paula Marçal. **A doutrina menorista e a doutrina da proteção integral: as legislações sobre as crianças e adolescentes no Brasil**. Encontro da educação social, UEM. Disponível em: http://www.ppe.uem.br/educacaosocial/trabalhos/eixo_1/pdf/1.02.pdf

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Editora Saraiva, 2018.

ZAPATER, Máira. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.



**Dados Internacionais de Catalogação
na Publicação (CIP)(Câmara
Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Almeida, Eloísa Machado de

A prioridade absoluta dos direitos de crianças e
adolescentes nas cortes superiores brasileiras /
Eloísa Machado de Almeida, Ana Laura Pereira Barbosa,
Luíza Pavan Ferraro. - São Paulo : Instituto Alana, 2022.

Bibliografia. **ISBN 978-65-88653-16-6**

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça
 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal
 3. Direitos das crianças - Brasil
 4. Direitos dos adolescentes - Brasil
- I. Barbosa, Ana Laura Pereira.
II. Ferraro, Luíza Pavan. III. Título.

22-123686 CDU-347.157.1(81)(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito da criança e do adolescente
347.157.1(81)(094)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

A obra "A prioridade absoluta dos direitos de crianças e adolescentes nas cortes superiores brasileiras" reúne todos os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre direitos das crianças e dos adolescentes entre 1988 e 2019, com intuito de compreender de que forma a prioridade absoluta vem sendo interpretada e utilizada nas decisões das cortes. Trata-se de um retrato extremamente completo da jurisprudência acerca do tema. Sua importância se deve não apenas pela extensa revisão e profunda compreensão das decisões sobre crianças e adolescentes e a prioridade absoluta de seus direitos e melhor interesse no STJ e no STF – nesses mais de 30 anos de vigência do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 –, como também pelo apontar de "caminhos e atalhos" para que organizações da sociedade civil e grandes litigantes institucionais, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, possam qualificar sua atuação no âmbito do espaço do Sistema de Justiça, adensando a proteção dos direitos de crianças e de adolescentes no sentido da prioridade absoluta que lhes foi conferida pela Constituição e pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

ISBN: 978-65-88653-14-2



9 786588 653142