

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL

VOTO

“Dia a dia nega-se às crianças o direito de ser crianças. Os fatos, que zombam desse direito, ostentam seus ensinamentos na vida cotidiana. O mundo trata os meninos ricos como se fossem dinheiro, para que se acostumem a atuar como o dinheiro atua. O mundo trata os meninos pobres como se fossem lixo, para que se transformem em lixo. E os do meio, os que não são ricos nem pobres, conserva-os atados à mesa do televisor, para que aceitem desde cedo como destino, a vida prisioneira. Muita magia e muita sorte têm as crianças que conseguem ser crianças.”
(Eduardo Galeano, *A escola do mundo às avessas*)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade impugnando dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente – arts. 16, I; 105; 122, II e III; 136, I; 138 e 230 da Lei 8.069/1990.

Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

Em relação à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, suscitada pela Presidência da República, haja vista a proibição da denominada “apreensão para averiguação”, nos termos do art. 5º, LXI, da CF/88, entendo que as razões apresentadas se confundem com o próprio mérito da ação, razão pela qual irei apreciá-las juntamente com a questão

ADI 3446 / DF

de fundo.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

Das normas impugnadas

O requerente sustenta que o art. 16, I – que consagra o direito de ir e vir da criança e do adolescente –, e o correspondente art. 230 – que tipifica criminalmente a apreensão de menor fora das hipóteses de flagrante ou de cumprimento de mandado de apreensão – violam o devido processo legal e a proteção integral – art. 5º, LV, e 227 da CF.

Alega que *“as crianças carentes, ainda que integrantes deste quadro dantesco e desumano, não mais poderão ser recolhidas pois adquiriram o direito de permanecer na sarjeta”*, o que seria desproporcional e violador do direito à proteção integral estabelecido pelo art. 227 da CF/88.

Os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

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

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

[...]

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

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

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

O requerente também defende que o art. 105 – que comina medidas protetivas como sanção ao ato infracional praticado por criança – e os arts. 136 e 138 – que tratam do atendimento da criança infratora por conselho tutelar – violam a inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, da CF.

Em suma, a impugnação é decorrente da inexistência de cominação

ADI 3446 / DF

da aplicação de medidas socioeducativas para a criança que comete ato infracional, com a não submissão da questão à autoridade jurisdicional.

Por fim, o requerente pugna pela declaração de inconstitucionalidade do art. 122, II e III, porque viola a proporcionalidade, ao exigir, para aplicação da medida de internação, a reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas.

O art. 122 do ECA tem a seguinte redação:

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

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

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

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

De acordo com o requerente, a norma é desproporcional, na medida em que reserva a internação apenas à reiteração de infrações graves e ao descumprimento reiterado e justificado de outras medidas.

Dos parâmetros de controle

As normas impugnadas devem ser analisadas à luz do que preveem o art. 5º, *caput* e incisos XXXV, LIV, LXI, e art. 227, todos da Constituição Federal:

“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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LXI - **ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[...]

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”.

Destaque-se que as referidas normas possuem íntima ligação com regras da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da Convenção sobre os Direitos da Criança, das Regras de Pequim para a Administração da Justiça de Menores e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, o art. 1º da DUDH prevê que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, sendo proibidas as discriminações fundadas em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação (art. 2º).

Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos das Crianças foi adotada pela ONU em 1989, com vigência no Brasil a partir de 1990, destacando-se como o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações – 193 estados-partes até maio de 2011 (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 281).

O referido tratado reforça, em seu preâmbulo, o princípio da

ADI 3446 / DF

liberdade, proclamado na Carta das Nações Unidas, estabelecendo em seu art. 16.1 que nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, possuindo direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados (art. 16.2).

O art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que *“toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”*.

Já as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores são pautadas por diversos princípios e direitos discutidos nessa ação, como a promoção do bem-estar do menor e de sua família (item 1.1), o direito de ser notificado das acusações (item 7.1), o recurso a meios extrajudiciais para resolução de conflitos (item 11) e a brevidade das medidas restritivas de liberdade (item 13), com a aplicação das medidas de inserção em instituições como último recurso (item 19).

As diretrizes interpretativas das referidas normas irão solucionar o presente caso.

Da situação das crianças e adolescentes no Brasil

A interpretação das normas constitucionais e o exercício do controle de constitucionalidade, ainda que em abstrato e sem a apreciação de um caso em concreto, demandam o conhecimento da realidade fática subjacente.

Ao tratar da estrutura das normas constitucionais, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que *“o significado da norma também haverá de levar em conta a realidade fática que criou o problema que suscitou a necessidade de interpretação. Daí se extrair que a norma constitucional é formada por ‘uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (programa normativo) e por uma constelação de dados reais (setor ou domínio normativo)’”* (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2017, p. 81).

Outros autores defendem inclusive a existência de um novo conceito de inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional, que envolve

ADI 3446 / DF

aspectos normativos, fáticos e institucionais (PEREIRA, Jane Reis; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico de violações à Constituição**. Revista Juris Poiesis, 2015).

No caso, entendo ser importante analisar a realidade das crianças e adolescentes brasileiros que podem ser afetados pelo julgamento desta ação e os impactos que a decisão do STF, neste caso, pode produzir sobre a vida dessas pessoas.

De acordo com o Relatório “Situação das crianças e dos adolescentes no Brasil”, apresentado no sítio eletrônico da UNICEF (www.unicef.org.br), com base em dados fornecidos pelo IBGE, o Brasil possuía uma população de 206,1 milhões de pessoas em 2016, dos quais 57,6 milhões tinham menos de 18 anos de idade, sendo mais da metade composta por afrodescendentes.

Segundo a organização, a desigualdade é um dos principais problemas enfrentados por essa população. No Relatório sobre a “Pobreza na Infância e na Adolescência”, a UNICEF também destaca que 18 milhões de crianças e adolescentes vivem em domicílios com renda *per capita* insuficiente para adquirir uma cesta básica de bens, com menos de R\$ 346,00 *per capita* por mês na zona urbana e R\$ 269,00 na zona rural (p. 5-6).

No total, 61% das meninas e meninos brasileiros vivem com privação de direitos como educação, informação, proteção contra o trabalho infantil, moradia, água e saneamento, em dados do PNAD de 2015 (UNICEF, **Pobreza na Infância e na Adolescência**, p. 6).

Em relação à moradia, 11% das crianças e adolescentes até 17 anos vivem em casas com quatro ou mais pessoas por dormitórios e cujas paredes e tetos são de material inadequado (direito à moradia não garantido); 6,8% vivem em casas de teto de madeira reaproveitada e 4 pessoas por quarto (privação intermediária); e 4,2% em casas com 5 ou mais pessoas por dormitórios e teto de palha, em privação extrema (UNICEF, **Pobreza na Infância e na Adolescência**, p. 11).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Conselho Nacional dos

ADI 3446 / DF

Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) divulgou pesquisa na internet (www.direitosdacriaca.gov.br) na qual identificou 23.973 crianças e adolescentes em situação de rua em 75 cidades do país, abrangendo capital e municípios com mais de 300 mil habitantes.

Considerando que um dos últimos estudos divulgados pelo Ipea aponta a existência de 101 mil pessoas em situação de rua (MAZZUOLI, Valério. **Problema dos Direitos Humanos das Pessoas em Situação de Rua no Brasil**, Revista RDU, Porto Alegre, V. 14, p. 215), é provável que esse quadro seja bem pior.

Voltando à pesquisa do Conanda, dessas crianças e adolescentes, 59,1% dormem na casa de sua família e trabalham na rua; 23,2% dormem em locais de rua; 2,9% dormem temporariamente em instituições de acolhimento e 14,8% circulam entre esses espaços.

A pobreza, segundo o Conanda, foi identificada como um dos fatores explicativos da existência de crianças e adolescentes em situação de rua. Entre os principais motivos declarados pelas crianças e adolescentes que dormem na rua, 32,2% relataram a existência de brigas verbais com pais e irmãos; 30,6% declararam motivos de violência física e 8,8% episódios de violência e abuso sexual.

Esses dados evidenciam que, apesar dos avanços previstos na Constituição de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas normas de Direito Internacional, ainda existe um enorme contingente de crianças e adolescentes que se encontram privados dos direitos mais básicos previstos pelas normas nacionais e internacionais, situação que pode ser agravada com o completo cerceamento do direito de liberdade dos menores.

Do direito à liberdade das crianças e adolescentes e da constitucionalidade do art. 16, I, do ECA

O Código de Menores de 1979 estabelecia um poder geral de cerceamento da liberdade da criança e do adolescente, para apresentação em juízo. Dispunha o art. 94 da Lei 6.697/1979:

“Art. 94. Qualquer pessoa poderá e as autoridades administrativas deverão encaminhar à autoridade judiciária competente o menor que se encontre em situação irregular, nos termos dos incisos I, II, III e IV do art. 2º desta Lei”.

A lei atual, ao contrário, consagra a liberdade de locomoção da criança e do adolescente, “*ressalvadas as restrições legais*” (art. 16, I, do ECA).

A norma está em consonância com o preceito fundamental do ECA: “*A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*” – art. 3º. Mais importante ainda, está de acordo com a doutrina da proteção integral positivada no art. 227 da Constituição de 1988, que assegura o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade das pessoas em desenvolvimento, proibindo toda e qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Ao comentar sobre os direitos estabelecidos neste artigo, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira defendem que “*o tratamento dado ao menor na Constituinte foi, preponderantemente, como sujeito de direitos*” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 2230), reconhecendo a esses indivíduos diversos direitos de liberdade.

Para as autoras, “*a doutrina da proteção integral do menor, adotada pela Constituição de 1988, entende que a criança e o adolescente têm liberdades que precisam ser efetivadas. Neste sentido, a concepção da criança como um cidadão, embora um cidadão-criança, deve implicar inevitáveis transformações em sua autonomia privada*” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 2231).

Desta forma, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade no direito de liberdade – de ir e vir – previsto no art. 16, I, da Lei 8.069/1990.

Aliás, ainda que inexistente a referida norma legal, entende-se que tal direito restaria assegurado em virtude das normas de estatura

ADI 3446 / DF

constitucional previstas no art. 5º, *caput*, e art. 227 da CF/88.

É importante ressaltar que o direito em questão constitui cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, da CF/88, não podendo ser sequer suprimido ou indevidamente restringido mediante proposta de emenda constitucional.

Ademais, a cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da CF/88 leva à conclusão que a norma do art. 16, I, do ECA está em consonância não só com os dispositivos constitucionais *supra* mencionados, mas também com o direito à liberdade e a proibição à discriminação, previstos nos arts. 1º e 2º da DUDH; a proibição contra interferências ilegítimas e arbitrárias na vida particular das crianças, prevista no art. 16 da Convenção sobre Menores da ONU; a norma de proteção integral estabelecida no art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos; e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores.

Ao contrário do que defendido pelos autores desta ação, a exclusão da referida norma é que poderia ensejar interpretações que levassem a violações aos direitos humanos e fundamentais acima transcritos, agravando a situação de extrema privação de direitos aos quais são submetidos as crianças e adolescentes no país, em especial para aqueles que vivem em condição de rua.

O que se está a dizer é que as privações sofridas por essas crianças e adolescentes, a condição de rua desses menores, não podem ser corrigidas com novas restrições a direitos e o restabelecimento da doutrina menorista que encarava essas pessoas enquanto meros objetos da intervenção estatal.

É certo que a liberdade das crianças e adolescentes não é absoluta, admitindo restrições legalmente estabelecidas e compatíveis com suas condições de pessoas em desenvolvimento, conforme a parte final do art. 16, I, do ECA.

Nesse sentido, a capacidade de exercício de direitos pode ser limitada, em razão da imaturidade. O Código Civil o faz, nos arts. 3º e 4º.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o art. 80 do ECA prevê que:

“Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que

explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congênere 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”.

A definição do âmbito de proteção da liberdade de ir e vir das crianças (*Schutzbereich*) e de suas restrições ou limitações (*Schranke oder Eingri*) é possível, quando existirem conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos.

Contudo, o pedido formulado nesta ação busca eliminar completamente o direito de liberdade dos menores, o núcleo essencial, indo além dos limites imanentes ou “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*) desse direito fundamental, restabelecendo a já extinta “prisão para averiguações”, que também viola a norma do art. 5º, LXI, da CF/88, segundo a qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

Aliás, o art. 106 do ECA traz o correspondente dessa norma para o âmbito do ato infracional:

“Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

Entendimento em sentido contrário poderia dar azo a apreensões sem fundamento constitucional, em violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e qualquer tipo de controle.

Serviriam, ainda, para a implementação de uma política higienista que, em vez de reforçar a tutela dos direitos dos menores, restringiria ainda mais o nível de fruição de direitos, amontoando crianças em unidades institucionais sem qualquer cuidado ou preocupação com o bem-estar desses indivíduos.

Importante destacar que não se trata de uma iniciativa isolada do Partido autor da ação ou problema exclusivamente brasileiro, o que

ADI 3446 / DF

reforça a necessidade da atenção do STF ao tema.

Notícia recentemente divulgada na mídia dá conta que um famoso shopping de São Paulo tentou adotar medida semelhante, a fim de que crianças de rua fossem retiradas de seus arredores e entregues à Polícia Militar (<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/juiza-nega-pedidoshopping-apreender-criancas-rua>).

Nesse caso, o pedido foi negado pela juíza responsável pelo caso.

No contexto da América Latina, existem determinados casos que permitem vislumbrar as consequências do acolhimento do pedido formulado na inicial.

Na Argentina, no julgamento do caso Verbitsky (COURTIS, Christian. **El caso “Verbitsky”: ?nuevos rumbos en el control judicial de la actividade de los poderes políticos?**, p. 6), uma das inconstitucionalidades constatadas pela Corte Suprema de Justiça da Nação foi a detenção de menores de idade e de doentes em delegacias de polícia superlotadas e em péssimas condições no país.

De acordo com estudos promovidos pela Unicef (**Situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en la Provincia de Buenos Aires**, 2003, p. 69), apenas no ano de 2000, 8.601 crianças e adolescentes encontravam-se detidos por motivos assistenciais ou não penais, o que evidencia a gravidade da situação naquele país e que podem ser criados no Brasil.

Nos casos de detenções penais, há relatos de crianças e adolescentes que passaram toda essa fase da vida em centros de detenção, o que contraria as normas constitucionais e internacionais sobre a tutela dos direitos dos menores.

Em relação ao Paraguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a violação de diversos direitos da Convenção Americana em virtude das condições do estabelecimento *Panchito López*.

Entre as violações constatadas, destacam-se a superlotação dos menores detidos, falta de segurança, celas insalubres, falta de alimentação adequada e de assistência médica, psicológica e odontológica (CIDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, 2 setembro de 2004).

ADI 3446 / DF

Voltando ao nosso cenário, a Segunda Turma está discutindo caso relativo à superlotação de unidades de internação no *habeas corpus* coletivo 143.988, no qual o Ministro Fachin concedeu medida liminar objetivando atenuar as condições degradantes aos quais os internos são submetidos.

Não podemos esquecer também o caso da adolescente no Pará que foi presa em uma cela com homens maiores de idade e submetida às mais diversas violações físicas e sexuais.

O acolhimento do pedido formulado na inicial permitiria que situações como essas se repetissem.

Por esses motivos, não verifico a alegada inconstitucionalidade em relação à norma prevista no art. 16, I, da Lei 8.069/1990.

Da constitucionalidade do crime do art. 230 do ECA

Os autores defendem a inconstitucionalidade do crime estabelecido no art. 230 do ECA:

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

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

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

O controle de constitucionalidade de leis penais tem sido objeto de amplo debate doutrinário, ressaltando-se a importância da questão (por ex. SCALCON, Raquel L. **Controle constitucional de leis penais**. Lumen Juris, 2018; RUIVO, Marcelo A. Legislação penal e ciências criminais. **RBCCRIM**, v. 147, 2018).

Nos termos do voto que proferi como relator do **RE 635.659**, que trata da descriminalização do uso de entorpecentes, “a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma

ADI 3446 / DF

denominar de discricção legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo”.

Com isso, abre-se a possibilidade do controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em âmbito penal. Nesse campo, o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar.

Segundo assentei no voto que proferi na ADI 3.112 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.5.2007), que tratou da constitucionalidade de dispositivos do Estatuto do Desarmamento, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Almedina, 2003).

O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Importante destacar a existência de parâmetros de controle semelhantes em outras experiências constitucionais. Nos Estados Unidos, a partir do caso *United States v. Carolene Products Co*, de 1983, vislumbrou-se a aplicação mais restrita da presunção de constitucionalidade ou o

ADI 3446 / DF

controle de constitucionalidade mais intensivo em relação às normas que imponham limitações a direitos fundamentais - *strict scrutiny* (SOUSA FILHO, Ademar Borges. **O Controle de Constitucionalidade de leis penais no Brasil**: Graus de deferência ao legislador, Parâmetros Materiais e Técnicas de Decisão. Tese de Doutorado. UERJ. p. 320).

Na América Latina, a Corte Constitucional da Colômbia tem igualmente se esforçado para parametrizar os graus de intensidade com que examina a razoabilidade e proporcionalidade das leis, tendo adotado um teste estrito ou rígido destes parâmetros quando: (i) o legislador adota parâmetros suspeitos; (ii) a medida legislativa recai sobre pessoas em condições de debilidade manifesta, grupos marginalizados ou discriminados, setores sem acesso efetivo à tomada de decisões ou minorias insulares e discretas; (iii) a regulamentação promove diferenciação entre pessoas ou grupos e afeta gravemente a fruição de um direito constitucional fundamental ou; (iv) se examina uma norma que cria privilégio (SOUSA FILHO, Ademar Borges. **O Controle de Constitucionalidade de leis penais no Brasil**: Graus de deferência ao legislador, Parâmetros Materiais e Técnicas de Decisão. Tese de Doutorado. UERJ. p. 322).

No caso em análise, não vislumbro a alegada inconstitucionalidade à luz do mandado de criminalização constante do art. 227, §4º, que impõe ao legislador o dever de punir severamente atos de violência praticados contra crianças e adolescentes.

A declaração de inconstitucionalidade do referido tipo penal representaria verdadeiro cheque em branco para que detenções arbitrárias, restrições indevidas à liberdade dos menores e violências de todo tipo pudessem ser livremente praticadas, o que não pode ser admitido.

Aliás, analisando-se o crime em questão, salta aos olhos o fato de que o crime é sancionado com pena de detenção de seis meses a dois anos, tratando-se, dessa forma, de infração penal de menor potencial ofensivo.

Portanto, o tipo penal se aproxima mais da proibição de proteção

ADI 3446 / DF

deficiente (*Untermassverbot*) que da inconstitucionalidade por excesso de criminalização.

Destaque-se, por dever de lealdade, que a existência da referida norma não impede a apreensão em flagrante de menores pela prática de atos análogos a crimes.

Por outro lado, uma maior restrição às liberdades civis e a expansão indevida do aparato policial são características típicas de políticas e regimes autoritários, conforme defendem os cientistas políticos norteamericanos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, com base em estudos realizados por Juan Linz (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**, 2019, p. 29).

Para os autores, o autoritarismo dos tempos atuais não ocorre mediante rupturas bruscas, mas sim através de progressivas restrições das liberdades civis, incluindo as liberdades de ir e vir, de expressão e associação, razão pela qual é importante que os agentes públicos e as instituições estejam atentas a esses sinais.

Nesse sentido, cabe ao STF, enquanto guardião dos direitos e liberdades fundamentais, coibir condutas que, em última análise, enfraquecem as regras do regime democrático e do Estado de Direito.

Por esses motivos, não vislumbro a alegada inconstitucionalidade do art. 230 da Lei 8069/1990.

Da constitucionalidade dos arts. 101; 105; 122, II e III; 136, I; e art. 138 do ECA

O Partido requerente sustenta que o art. 105, que comina medidas protetivas como sanção ao ato infracional praticado por criança – art. 101 –, e os arts. 136 e 138, que tratam do atendimento da criança infratora por conselho tutelar, violam a inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, da CF.

Em suma, a impugnação é decorrente da inexistência de cominação da aplicação de medidas socioeducativas para a criança que comete ato infracional.

O adolescente pode ser submetido às medidas previstas no art. 112:

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”.

Para a criança que comete ato infracional, a legislação prevê apenas a aplicação de medidas de proteção, na forma do art. 101:

“Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta”.

O requerente afirma que *“crianças praticam sucessivos atos infracionais*

ADI 3446 / DF

graves”, e, em consequência, “são apreendidas e encaminhadas dezenas de vezes aos Conselhos Tutelares”. Não haveria, assim, resposta adequada às infrações – “Levadas aos abrigos, que são instituições abertas e transitórias (ECA, art. 92 e 101) – verdadeiras casas de mãe Joana – entram e saem no mesmo dia ou no dia seguinte”.

Além disso, para os autores, a exclusão da avaliação judicial dos atos infracionais praticados por crianças seria inconstitucional.

O tratamento adequado para a criança infratora é um desafio para a sociedade. A decisão do legislador, de não aplicar medidas mais severas, é compatível com a percepção de que a criança é um ser em desenvolvimento que precisa ser, acima de tudo, protegida e educada.

Ou seja, trata-se de uma distinção compatível com a condição de maior vulnerabilidade e de pessoa em desenvolvimento das crianças, quando comparadas aos adolescentes e pessoas adultas.

O Conselho Nacional de Justiça, durante a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, publicou relevante estudo com comentários sobre as Regras de Pequim para a Administração da Justiça de Menores.

Consta dessa publicação, em relação aos item 5, que dentre os objetivos da justiça de menores, destaca-se *“a promoção do bem-estar do menor [...] contribuindo assim para evitar sanções meramente punitivas”* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Regras de Pequim: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores**, p. 22).

No mesmo sentido, ao tratar da definição de idade para a responsabilidade penal, mas com razões aplicáveis, *mutatis mutandi*, ao ponto em discussão, defende-se que embora a idade para responsabilização penal de menores varie significativamente segundo as épocas e culturas, deve-se estabelecer uma regra que equacione a idade e a capacidade de discernimento e compreensão das crianças com as noções psicológicas e jurídicas de responsabilização (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Regras de Pequim: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores**, p. 21).

Nesse ponto, creio que andou bem a legislação ao estatuir a

ADI 3446 / DF

aplicação exclusiva de medidas protetivas para os casos de atos infracionais praticados por crianças, ou seja, pessoa com até doze anos de idade incompletos (art. 2º da Lei 8.069/1990).

Por outro lado, impressiona a tentativa de demonização dos menores de 12 (doze) anos pretendida pelo autor da ação. Em um trecho da petição inicial, o autor aduz ser de “*conhecimento geral*” que, frequentemente, “*crianças praticam sucessivos atos infracionais graves*”, sendo apreendidas e encaminhadas dezenas de vezes aos Conselhos Tutelares e levadas aos abrigos, “*instituições abertas e transitórias (ECA, art. 92 e 101) – verdadeiras casas de mão Joana*” (p. 14).

Nesse ponto, o requerente não apenas se furtou em trazer aos autos dados empíricos que comprovassem suas alegações, como também parece ignorar a condição especial das crianças menores de 12 (doze) anos de idade sob o ponto de vista jurídico e psicológico, propondo inclusive a internação compulsória e em regime fechado.

Concluo que o legislador dispõe de considerável margem de discricionariedade para definir o tratamento adequado a ser dado à criança em situação de risco criada por seu próprio comportamento. A opção pela exclusividade das medidas protetivas não é desproporcional; ao contrário, alinha-se com as normas constitucionais e internacionais acima citadas.

Acresça-se que a atuação do Conselho Tutelar nesses casos de atos infracionais praticados por crianças não representa qualquer ofensa à Constituição da República nem viola a garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o Conselho Tutelar é um colegiado de leigos, assim como o Tribunal do Júri, previsto no inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição.

Trata-se de órgão que permite a participação direta da sociedade na implementação das políticas públicas definidas no art. 227 da Constituição, voltadas para a promoção e proteção da infância, estando em consonância com as mais atuais teorias de justiça, democracia e participação popular direta.

ADI 3446 / DF

Acresça-se ainda que a atuação do Conselho Tutelar não exclui a apreciação de eventuais demandas ou lides pelo Poder Judiciário, inexistindo, portanto, a alegada ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88.

Por fim, o requerente sustenta a inconstitucionalidade do art. 122, II e III, porque violaria a proporcionalidade, ao exigir, para aplicação da medida de internação, a reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas.

O art. 122 do ECA tem a seguinte redação:

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

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

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

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

De acordo com o requerente, a norma é desproporcional, na medida em que reserva a internação apenas à reiteração de infrações graves e ao descumprimento reiterado e justificado de outras medidas.

Novamente, estamos diante de campo onde o espaço de conformação é amplo. Deve ser reconhecida uma margem larga de discricionariedade ao legislador para estabelecer as medidas aplicáveis ao adolescente infrator.

Note-se que infrações violentas podem, desde logo, corresponder à internação (inciso I). Ou seja, o objetivo de prevenção é especialmente resguardado nos casos em que a integridade física das vítimas é posta em risco.

Fora isso, a lei evita ao máximo conferir ao magistrado o poder de aplicar a internação.

Tem-se aí uma opção perfeitamente proporcional do legislador, em razão do caráter estigmatizante e traumatizante da internação de uma pessoa em desenvolvimento. Isso sem falar da precária situação das

ADI 3446 / DF

entidades de acolhida.

A referida opção legislativa encontra-se de acordo com as normas constitucionais e internacionais que impõem a utilização das medidas de internação como último recurso, privilegiando os princípios da excepcionalidade, brevidade e proporcionalidade das medidas restritivas da liberdade.

Os precedentes do STF vão ao encontro dessas premissas. Ao julgar o *Habeas Corpus* 88.473/SP (Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.2008), este Tribunal decidiu que “o Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e a integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade”.

Nesse mesmo precedente, assentou-se que “o ato de segregação [...] surge-se excepcional, somente se fazendo alicerçado uma vez atendidos os requisitos do artigo 121 da Lei 8.069/90”.

Existem outros julgados no mesmo sentido (HC 85.598-9/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.10.2005; HC 98.518, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 18.6.2010; HC 105.917, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 13.6.2011).

Assim, também nesse ponto, a ação não merece acolhida.

Antes de concluir o presente voto, considero oportuno ressaltar que uma melhor estruturação do sistema de proteção à criança e ao adolescente depende da cooperação dos múltiplos órgãos imbuídos dessa supervisão.

No âmbito do Poder Judiciário, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) mantém o exitoso *Programa Justiça ao Jovem*, lançado em 2010, com o objetivo de realizar uma radiografia nacional a respeito da forma como vem sendo executada a medida socioeducativa de internação.

Nos anos de 2010 e 2012, o CNJ produziu relatórios examinando a situação de cada Unidade Federativa quanto à internação de menores infratores. Contudo, apesar dos louváveis esforços do DMF/CNJ no

ADI 3446 / DF

programa, ainda são escassas as informações acerca da efetividade das medidas socioeducativas diversas da internação.

Assim, a título de contribuição propositiva do presente voto, sugere-se o encaminhamento da decisão deste Tribunal ao CNJ, a fim de que este órgão amplie suas ações na promoção de políticas periódicas de monitoramento do cumprimento das medidas socioeducativas previstas no art. 112 da Lei nº 8.069/1990.

Conclusão

Ante o exposto, nos termos da fundamentação e da proposta acima apresentada, voto pela **improcedência total** dos pedidos formulados nesta ação.

É como voto.