

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: WLADIMIR SÉRGIO REALE</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CONECTAS DIREITOS HUMANOS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO E OUTRO(A/S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: AMAR - ASSOCIAÇÃO DE MÃES E AMIGOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE EM RISCO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: INSTITUTO PRO BONO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: FUNDAÇÃO PROJETO TRAVESSIA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RUBENS NAVES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: SOCIEDADE DE APOIO AOS DIREITOS HUMANOS - MNDH</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: CLIMENE QUIRIDO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARTA MARÍLIA TONIN</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ROBERTO ANTONIO BUSATO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: NÚCLEO ESPECIALIZADO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE - NEIJ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DÉBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>

**ADI 3446 / DF**

<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
<b>AM. CURIAE.</b>	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
<b>AM. CURIAE.</b>	:INSTITUTO ALANA
<b>ADV.(A/S)</b>	:THAÍS NASCIMENTO DANTAS (377516/SP)
<b>ADV.(A/S)</b>	:MAYARA SILVA DE SOUZA
<b>ADV.(A/S)</b>	:PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG
<b>ADV.(A/S)</b>	:ISABELLA HENRIQUES

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Art. 16, I, consagra o direito de ir e vir da criança e do adolescente, e art. 230 tipifica criminalmente a apreensão de menor fora das hipóteses de flagrante ou de cumprimento de mandado de apreensão. Alegação de ofensa ao devido processo legal e à proteção integral – art. 5º, LV, e 227 da CF. “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” – art. 3º do ECA. Reconhecimento da aplicabilidade à criança e ao adolescente da garantia contra a prisão arbitrária – art. 5º, LXI, CF. Inexistência de violação à proporcionalidade ou ao dever de proteção. 3. Art. 105 comina medidas protetivas como sanção ao ato infracional praticado por criança, e os arts. 136 e 138 tratam do atendimento da criança infratora por conselho tutelar. Inexistência de cominação da aplicação de medidas socioeducativas para a criança que comete ato infracional. Suposta violação à inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, da CF. A decisão do legislador, de não aplicar medidas mais severas, é compatível com a percepção de que a criança é um ser em desenvolvimento, a ser, acima de tudo, protegida e educada. O legislador dispõe de considerável margem de discricionariedade para definir o tratamento adequado a ser dado à criança em situação de risco criada por seu próprio comportamento. A opção pela exclusividade das medidas protetivas não é desproporcional. 4. Art. 122, II e III, exigem, para aplicação da medida de internação, a reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas. Alegação de ofensa à proporcionalidade. Deve ser

**ADI 3446 / DF**

reconhecida uma margem larga de conformação ao legislador para estabelecer as medidas aplicáveis ao adolescente infrator. A norma, fora das infrações violentas, restringe o poder do magistrado de aplicar a internação. Opção perfeitamente proporcional do legislador, em razão do caráter estigmatizando e traumatizante da internação de uma pessoa em desenvolvimento. Situação de superlotação das unidades de acolhimento e internação que está sendo inclusive apreciada pelo STF. Sugestão do encaminhamento da decisão do Tribunal ao CNJ, a fim de que este órgão amplie suas ações na promoção de políticas periódicas de monitoramento do cumprimento das medidas socioeducativas previstas no art. 112 da Lei nº 8.069/1990. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 08 de agosto de 2019.

**Ministro GILMAR MENDES**

**Relator**

*Documento assinado digitalmente*

07/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: WLADIMIR SÉRGIO REALE</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CONECTAS DIREITOS HUMANOS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO E OUTRO(A/S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: AMAR - ASSOCIAÇÃO DE MÃES E AMIGOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE EM RISCO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: INSTITUTO PRO BONO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: FUNDAÇÃO PROJETO TRAVESSIA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RUBENS NAVES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: SOCIEDADE DE APOIO AOS DIREITOS HUMANOS - MNDH</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: CLIMENE QUIRIDO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARTA MARÍLIA TONIN</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ROBERTO ANTONIO BUSATO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: NÚCLEO ESPECIALIZADO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE - NEIJ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DÉBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>

**ADI 3446 / DF**

**PROC.(A/S)(ES)** :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
**AM. CURIAE.** :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO  
PARANÁ  
**AM. CURIAE.** :INSTITUTO ALANA  
**ADV.(A/S)** :THAÍS NASCIMENTO DANTAS (377516/SP)  
**ADV.(A/S)** :MAYARA SILVA DE SOUZA  
**ADV.(A/S)** :PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG  
**ADV.(A/S)** :ISABELLA HENRIQUES

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** O Partido Social Liberal (PSL) propôs 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.

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.

Aduz 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. Afirma que *“crianças praticam sucessivos atos infracionais graves”* e, em consequência, *“são apreendidas e encaminhadas dezenas de vezes aos Conselhos Tutelares”*, não existindo resposta adequada às infrações – *“Levadas aos abrigos, que são instituições abertas e transitórias (ECA, art. 92 e 101) – verdadeiras casas de*

**ADI 3446 / DF**

*mãe Joana – entram e saem no mesmo dia ou no dia seguinte*”. Dessa forma, a exclusão da avaliação judicial dos atos infracionais praticados por crianças seria inconstitucional.

Prossegue apontando a inconstitucionalidade do art. 122, II e III, ao exigir, para aplicação da medida de internação, a reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas, uma vez que ocorre violação à proporcionalidade.

Pede a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados. Requer medida cautelar para suspender a sua eficácia.

Determinado o processamento na forma do art. 12 da Lei 9.868/1999.

A Presidência da República prestou informações. Argui a impossibilidade jurídica do pedido, por postular a apreensão para averiguações. Pugna pela improcedência do pedido.

O Senado prestou informações (fls. 401-411).

O Advogado-Geral da União defende a constitucionalidade das normas impugnadas.

O Procurador-Geral da República opina pela improcedência do pedido.

Conectas Direitos Humanos, Associação de Mães e Amigos de Crianças e Adolescentes em Risco (Amar), Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança, Instituto Pro Bono, Centro de Direitos Humanos (CDH), Fundação Projeto Travessia, Sociedade de Apoio aos Direitos Humanos, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) – Núcleo Especializado de Infância e Juventude, Defensoria Pública do Estado do Paraná, Instituto Alana e Defensoria Pública da União postularam ingresso na lide na qualidade de *amici curiae*, o que foi deferido.

É o relatório.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE (003803/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO (262284/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : AMAR - ASSOCIAÇÃO DE MÃES E AMIGOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE EM RISCO

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

AM. CURIAE. : INSTITUTO PRO BONO

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO PROJETO TRAVESSIA

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (19379/SP)

ADV.(A/S) : GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA (130183/SP)

AM. CURIAE. : SOCIEDADE DE APOIO AOS DIREITOS HUMANOS - MNDH

ADV.(A/S) : CLIMENE QUIRIDO (06064/DF)

AM. CURIAE. : CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

ADV.(A/S) : MARTA MARÍLIA TONIN (15000/PR)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB

ADV.(A/S) : ROBERTO ANTONIO BUSATO (0007680/PR)

AM. CURIAE. : CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH

ADV.(A/S) : ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA (201790/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

AM. CURIAE. : NÚCLEO ESPECIALIZADO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE - NEIJ

ADV.(A/S) : DÉBORA NACHMANOWICZ DE LIMA (389553/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S) : THAÍS NASCIMENTO DANTAS (377516/SP)

ADV.(A/S) : MAYARA SILVA DE SOUZA (388920/SP)

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG (329833/SP)

ADV.(A/S) : ISABELLA HENRIQUES (155097/SP)

**Decisão:** Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, AMAR - Associação de Mães e Amigos da Criança e Adolescente em Risco, Fundação Abrinq pelos Direitos da

Criança e do Adolescente, Instituto *Pro Bono* e Fundação Projeto Travessia, o Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, a Dra. Mariana Chies Santiago Santos; pelo *amicus curiae* Instituto Alana, a Dra. Thaís Nascimento Dantas; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Paraná, o Dr. Marcelo Lucena Diniz, Defensor Público do Estado do Paraná; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público da União; pelo *amicus curiae* Núcleo Especializado de Infância e Juventude - NEIJ, o Dr. Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Isadora Cartaxo, Advogada da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.08.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

08/08/2019

PLENÁRIO

**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 ao avesso*)

**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

**ADI 3446 / DF**

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 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,

**ADI 3446 / DF**

da CF.

Em suma, a impugnação é decorrente da inexistência de cominação 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:

**ADI 3446 / DF**

[...]

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**

**ADI 3446 / DF**

**Internacional.** p. 281).

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

**ADI 3446 / DF**

Outros autores defendem inclusive a existência de um novo conceito de inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional, que envolve 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](http://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

**ADI 3446 / DF**

(UNICEF, **Pobreza na Infância e na Adolescência**, p. 11).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) divulgou pesquisa na internet ([www.direitosdacriaca.gov.br](http://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

**ADI 3446 / DF**

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.

**ADI 3446 / DF**

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

**ADI 3446 / DF**

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 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”.

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 iminentes 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

**ADI 3446 / DF**

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 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

**ADI 3446 / DF**

menores detidos, falta de segurança, celas insalubres, falta de alimentação adequada e de assistência médica, psicológica e odontológica (CIDH, caso “Instituto de Reeducação del Menor v. Paraguay, 2 setembro de 2004).

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).

**ADI 3446 / DF**

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 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

**ADI 3446 / DF**

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 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

**ADI 3446 / DF**

anos, tratando-se, dessa forma, de infração penal de menor potencial ofensivo.

Portanto, o tipo penal se aproxima mais da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) que da inconstitucionalidade por excesso de criminalização.

Nesse sentido, a história do Brasil está marcada por diversos episódios tristes de violência cometidos por agentes públicos contra crianças e adolescentes. Um dos mais trágicos ocorreu em 23 de julho de 1993, quando policiais militares assassinaram oito jovens que dormiam nas escadarias da Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro.

A “chacina da Candelária”, como ficou conhecido, foi certamente um dos exemplos mais marcantes, embora não se trate de situação pontual. As notícias divulgadas diariamente reforçam a situação de violência, negligência e descaso sofrido por crianças e adolescentes nos espaços públicos.

Destaque-se, por dever de lealdade, que a existência do referido crime 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

**ADI 3446 / DF**

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;

**ADI 3446 / DF**

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 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**

**ADI 3446 / DF**

**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).

Creio que andou bem a legislação ao estatuir a 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.

**ADI 3446 / DF**

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.

Destarte, considero legítima a opção do legislador pela adoção de políticas de desjudicialização nas questões relativas à infância.

Ressalte-se 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

**ADI 3446 / DF**

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 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).

**ADI 3446 / DF**

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 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 acima apresentada, voto pela **improcedência total** dos pedidos formulados nesta ação, com a sugestão de 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.

É como voto.

**08/08/2019**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, quero antecipar o meu voto, singelissimamente, dizendo que acompanho o brilhante voto do Ministro Gilmar Mendes.

Trago um pronunciamento bastante alentado, que juntarei aos autos.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de concessão de medida cautelar, proposta pelo Partido Social Liberal – PSL contra os arts. 16, I; 105; 122, I, II e III; 136, I; 138; 230, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, por suposta contrariedade aos arts. 5º, XXXV e LIV, § 3º, IV e 228, da Constituição.

Alegou que os arts. 16, I, e 230, parágrafo único, do ECA, preveem a liberdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, sendo punido criminalmente quem atenta contra tal liberdade. Aduziu que, entretanto, tais artigos resguardam o direito das crianças e dos adolescentes de estar em situação de rua, o que contraria outros de seus direitos, notadamente o direito à proteção integral.

Afirmou que os arts. 105, 136, I, e 138 do ECA são inconstitucionais porque a inexistência de cominação de punições aos atos infracionais graves praticados por crianças ofende o art. 5º, XXXV, da Constituição – excluindo do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito –, e o art. 227, § 3º, IV e V, da Carta Magna, haja vista que o referido artigo não estabelece distinção entre crianças e adolescentes no que tange à apuração e aplicabilidade de medidas relacionadas a atos infracionais.

Asseverou que o art. 122, I, II e III, do ECA, é inconstitucional por ofensa ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito (art. 5º, LIV, da Constituição), eis que restringe exageradamente a aplicação da medida de internação.

Requeru a declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos ou, sucessivamente, de todos os dispositivos legais correlatos e, no que

**ADI 3446 / DF**

tange ao art. 16, I, e 230 do ECA, que seja conferida interpretação conforme a Constituição, devendo ser admitida a apreensão para averiguação ou perambulação, inclusive porque tal medida impediria que crianças e adolescentes venham a sobreviver em situação de perigo e marginalização, prevalecente o princípio da proteção integral.

A Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e a Procuradoria-Geral da República opinaram pela improcedência da ação.

É o relatório Decido.

Bem examinados os autos, verifico, de início, que a edição do ECA (Lei 8.069/1990) foi fruto de reivindicação da sociedade civil, durante e após a Assembleia Constituinte, pela incorporação de maior proteção jurídica à criança e ao adolescente. Este tema, aliás, esteve em discussão no âmbito das Nações Unidas por uma década, durante o processo de elaboração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual veio a ser a convenção internacional mais ratificada do planeta, tendo apenas um país se recusado a fazê-lo (os Estados Unidos).

Devido a esses novos instrumentos jurídicos, a Doutrina da Proteção Integral substituiu a então vigente Doutrina da Situação Irregular, prevalente no antigo Código de Menores, consagrando, no *caput* do art. 227 da Constituição, ser

“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”.

Segundo a Doutrina da Proteção Integral, crianças e adolescentes são

**ADI 3446 / DF**

sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e destinatários do princípio constitucional da prioridade absoluta. Eventual irregularidade deixa de ser vista como responsabilidade da criança ou do adolescente infrator, mas sim da sociedade, que se omite na tomada de providências necessárias para garantir o bem-estar de sua juventude.

Este é, em breves palavras, o paradigma da Constituição, do ECA e das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. A esta Corte, evidentemente, cabe preservar este paradigma.

Tendo tais premissas em mente, passo, então, à análise do primeiro dos requerimentos do autor: a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 16, I, e 230, parágrafo único, do ECA, os quais preveem a liberdade de ir, vir e estar dos jovens nos logradouros públicos e espaços comunitários. Segundo o requerente, esses artigos resguardariam o direito das crianças e dos adolescentes de estar em situação de rua, contrariando outros de seus direitos, devendo ser permitida a prisão para averiguação ou perambulação.

Uma primeira reflexão necessária diz respeito ao fato de que, infelizmente, a desigualdade de renda e de oportunidades no Brasil tem-se mantido abissal. Ser rico ou ser pobre acaba, em muitos aspectos, definindo o futuro de uma criança. É preciso desenvolver solução para que essa injustiça não se perpetue.

Dito isto, não vejo como o pleito inicial possa colaborar para transformar essa triste realidade. Penso que eventual legalização da prisão por averiguação ou perambulação não restringiria a liberdade do jovem em prol de maiores oportunidades; ao contrário, resultaria em sua institucionalização, o que, conforme inúmeros estudos, tende a prejudicar o desenvolvimento dos jovens institucionalizados.

Com efeito, professores da Universidade de Harvard já

**ADI 3446 / DF**

demonstraram que essa institucionalização, com a conseqüente privação, na infância, de suporte psicológico e das experiências comuns às pessoas, produz danos ao desenvolvimento da criança (NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANAH, Charles H. *Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014).

Conforme explicam, existe uma experiência compartilhada pela qual todos os seres humanos devem passar. A consistência do afeto que recebem as crianças é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas. Essa experiência é de suma importância para o desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes.

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação dos jovens, por conta de perambulação ou para averiguação de suas atividades, terá grande probabilidade de causar-lhes dano irreversível e permanente, eis que, tendencialmente, sofrerão com a inconsistência do afeto e ainda, possivelmente, outras formas de abuso e opressão.

Segundo um dos mais recentes e abrangentes estudos internacionais sobre violência na infância, crianças sujeitas à institucionalização em geral não têm suas necessidades satisfeitas, e estão mais sujeitas a riscos de violência, abuso físico e sexual, tortura e crueldade, além de, tipicamente, terem seu desenvolvimento prejudicado (Know violence in childhood. 2017. *Ending violence in Childhood*. Global Report 2017. New Delhi, Índia, p. 56. Disponível em: <<http://www.knowviolenceinchildhood.org/publication>>. Acesso: 11 de março de 2019).

**ADI 3446 / DF**

Assim, constata-se que a pretensão inicial em nada contribui para o respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, mas, diversamente, prejudica seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos, além de lhes expor à violência, ao abuso, à crueldade e aos mais .

Os riscos ligados à institucionalização dos jovens são corroborados por pesquisas empíricas realizadas no Brasil. Exemplificativamente, em pesquisa realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador/BA, constatou-se comprometimento do desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social (SANTOS, Denise et al. *Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional*. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde).

Em outra pesquisa, realizada no Estado de Pernambuco, o UNICEF observou que:

“No que se refere às políticas de socioeducação e a consolidação do SINASE enquanto sistema articulado de ações destinadas a todas as etapas de acompanhamento dos adolescentes apreendidos e/ou em cumprimento de sentenças judiciais, nota-se que ainda perduram desafios que revelam a persistência de práticas violatórias de direitos dos adolescentes. Essas violações ocorrem tanto em relação ao cumprimento das regras legais e processuais, como no âmbito das condições materiais de internamento, superlotação e ausência de práticas e experiências pedagógicas substantivas, capazes de fazer frente às necessidades e vulnerabilidades dos adolescentes.” (*Educar ou punir? A realidade da internação de adolescentes em Unidades Socioeducativas no Estado de Pernambuco*/ Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social; Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CEDCA/PE; texto Valéria Nepomuceno Teles de Mendonça – Recife: Via Design Publicações, 2017, p. 3. Disponível em:

**ADI 3446 / DF**

<[https://www.unicef.org/brazil/pt/educar\\_ou\\_punir.pdf](https://www.unicef.org/brazil/pt/educar_ou_punir.pdf)>.

Acesso: 11 de março de 2019).

As privações narradas, além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo. Para o desenvolvimento pleno de um país, é preciso, antes de tudo, priorizar o bem-estar das crianças. Neste sentido, James Heckman, prêmio Nobel de Economia, ressalta que os jovens que crescem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes (HECKMAN, J. *Giving Kids a Fair Chance*. Cambridge: The MIT Press, 2013). Para ele, as principais habilidades cognitivas e socioemocionais dependem do ambiente que encontram na primeira infância.

Essa é a razão pela qual, para Heckman, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finalmente, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável. Nesse sentido, penso ser evidente que a institucionalização deve ser, sempre, sujeita à mais estrita excepcionalidade, sobretudo no que diz respeito às crianças.

Ademais, em termos estritamente jurídicos, tem-se que, a partir da adoção do paradigma que garante aos jovens a condição de sujeitos de direitos, é dever do Estado respeitar sua liberdade, nos termos do art. 5º, LIV e LXI, da Constituição. A leitura sistemática da Carta Magna não dá espaço a dúvidas: ainda que o ECA fosse declarado inconstitucional em sua totalidade, não se toleraria a prisão para averiguação ou perambulação dos jovens. A este argumento, acrescenta-se que o Pacto de São José da Costa Rica proíbe a detenção e o encarceramento arbitrários, nos termos do art. 7, item 3, do referido diploma.

**ADI 3446 / DF**

Sublinho que a pretensão de encarcerar crianças e adolescentes de rua implica postura discriminatória de natureza socioeconômica, que contraria a Doutrina da Proteção Integral, a Constituição Federal (art. 227), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (art. 2, item 1) e as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (art. 4), tratando-se de uma proposta para resolver juridicamente – e arbitrariamente – um problema de natureza eminentemente social.

Com efeito, não é a falta de dispositivos legais que relega os jovens à condição de mendicância. Vale ressaltar que o ECA confere às crianças e aos adolescentes o direito de buscar refúgio e orientação (art. 16, VII), e o art. 101, VII, prevê a possibilidade de acolhimento institucional em caso de ameaça ou violação de seus direitos. Por outro lado, o Código Penal tipifica o crime de abandono de incapaz (art. 133) e de abandono intelectual (art. 247 – “Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comisseração pública”). A solução do problema passa pelo recrudescimento da proteção legal desses grupos de jovens desamparados, e não da repressão a esses mesmos grupos.

Ressalto, ainda, que admitir tal prisão para averiguação ou perambulação implicaria instituir à criança e ao adolescente uma situação jurídica mais gravosa do que aquela dos adultos, para os quais esse tipo de restrição à liberdade jamais pode ser admitido, o que também ofenderia frontalmente a Constituição (art. 227).

Cumprando invocar, mais, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, também conhecidas como Regras de Pequim, que, durante minha presidência no Conselho Nacional de Justiça, fiz questão de ver traduzidas e publicadas na Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com o intuito de promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero

**ADI 3446 / DF**

(Regras de Pequim: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores / Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>>. Acesso em: 11 de março de 2019).

Na apresentação da tradução às referidas Regras, tive a oportunidade de afirmar que:

“Conforme definido no art. 3º da Lei nº 8.069/1990, toda criança e adolescente ‘gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa 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’.

Objetivando assegurar os meios destinados à efetivação do primado da proteção integral, já faz alguns anos que o Conselho Nacional de Justiça vem desenvolvendo projetos, cujo escopo é aprimorar a densificação dessa premissa constitucional.

E não podia ser diferente!

**Contudo, ainda que haja lei prevendo a máxima proteção a esses indivíduos ‘em formação’, inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em centros de internação e de cumprimento de medidas socioeducativas, nos últimos anos, constataram uma realidade bastante diversa daquela idealizada pelo legislador.**

**Crianças e adolescentes foram encontrados cumprindo medidas socioeducativas em estabelecimentos superlotados, expostos a estruturas precárias e sujas, sem acesso à educação, profissionalização ou plano de atendimento pedagógico, com segurança efetivada por policiais militares.**

**ADI 3446 / DF**

**Pior: notou-se, ainda, que agressões físicas ou psicológicas eram práticas constantes em várias dessas unidades inspecionadas.**

Ainda que programas de atendimento ao jovem venham sendo, paulatinamente, alavancados a partir de iniciativas do Poder Judiciário brasileiro, sempre pensando em formas mais eficazes de otimizar a reintegração social da criança e do adolescente em conflito com a lei, esse esforço empreendedor não está sendo o suficiente.

É preciso jogar 'mais' luzes sobre o problema!

As Nações Unidas apresentam, desde o ano de 1985, regras mínimas para a administração da justiça de menores. Conquanto não sejam juridicamente vinculativas (*soft laws*), **essas regras devem ser cumpridas como desdobramento de um importante compromisso internacional assumido pelo Brasil.**" (grifei)

Algumas regras específicas merecem especial destaque neste julgamento, estando abaixo transcritas:

"13. Prisão preventiva

13.1. A prisão preventiva constitui uma medida de último recurso e a sua duração deve ser o mais curta possível.

13.2. Sempre que for possível, a prisão preventiva deve ser substituída por outras medidas, tais como uma vigilância apertada, uma assistência muito atenta ou a colocação em família, em estabelecimentos ou em lar educativo.

[...]

17. Princípios relativos ao julgamento e à decisão

17.1. A decisão de qualquer autoridade competente deve basear-se nos seguintes princípios:

b) As restrições à liberdade pessoal do menor são impostas somente depois de um estudo cuidadoso e limitadas ao mínimo possível;

c) A privação da liberdade individual só é imposta se o menor for considerado culpado de um fato grave que implique

**ADI 3446 / DF**

violência contra outra pessoa ou de reincidência noutros crimes graves e se não existir outra solução adequada;

d) O bem-estar do menor deve ser o elemento condutor no exame do caso.

[...]

19. Recurso mínimo à colocação em instituição

19.1. A colocação de um menor em instituição, é sempre uma medida de último recurso e a sua duração deve ser tão breve quanto possível.”

Conclui-se que a solução legal prevista no ECA é, de fato, constitucional: no caso de crianças ou adolescentes em situação de vulnerabilidade, deve-se encaminhá-los ao Conselho Tutelar e à Justiça da Infância e da Juventude, para avaliação das medidas protetivas cabíveis.

Não vinga, igualmente, o segundo ponto da argumentação do requerente: de que os arts. 105, 136, I, e 138 do ECA são inconstitucionais por não haver cominação de punições aos atos infracionais praticados por crianças, excluindo-se do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Ao tratar da infração à lei penal, o ECA estabeleceu medidas de proteção (art. 101) e medidas socioeducativas (art. 112), sendo as primeiras destinadas às crianças e aos adolescentes em situação de risco, e as segundas, exclusivamente, aos adolescentes infratores. Assim, segundo o paradigma protetivo, na eventualidade de crianças virem a praticar atos infracionais, a solução legal passa pela incidência do art. 148, VII, do ECA, cabendo ao Conselho Tutelar aplicar as medidas protetivas cabíveis (art. 105), e à Justiça da Infância e Juventude conhecer desses casos, aplicando as medidas cabíveis.

Ressalto que essa opção legislativa nada tem de inconstitucional, representando resposta estatal adequada diante da vulnerabilidade das crianças e da necessidade de sua proteção integral, além de não excluir do Poder Judiciário a apreciação das medidas adotadas para superar as

**ADI 3446 / DF**

vulnerabilidades identificadas.

Segundo o art. 40, 3 e 4, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, deve-se evitar procedimentos judiciais para a imposição de medidas a crianças suspeitas de terem praticado ato infracionais, além de dever-se buscar “alternativas à internação em instituições”.

Todas as observações feitas acima, a respeito dos riscos da institucionalização das crianças, são pertinentes no que diz respeito a este pleito da inicial, razão pela qual, sendo desnecessário repeti-las, apenas a elas me reporto, enfatizando o atendimento da proteção integral pela opção legislativa impugnada, que condiz com a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento da criança.

Felizmente, já existem novos horizontes e perspectivas para a Justiça Juvenil. Nesse sentido, durante o período em que exerci a presidência do Conselho Nacional de Justiça, optei por incentivar a consolidação da Justiça Restaurativa, que traz um novo paradigma diante da prática do ato infracional.

Na apresentação do livro “Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225”, afirmei o seguinte:

“A Justiça Restaurativa destaca-se nesse contexto ao introduzir nova perspectiva para a solução de conflitos, a qual prima pela inovação e sensibilidade, na medida em que busca ouvir as queixas das vítimas e os motivos dos ofensores, promovendo aproximação entre ambos, suas famílias e a comunidade em que vivem.

Por meio dessa metodologia, o magistrado, antes de solucionar unilateralmente um litígio, procura alcançar consensos, reconstruir relações e recompor os danos emergentes. As partes que aceitam participar do experimento

**ADI 3446 / DF**

são acompanhadas por profissionais especializados.

Aberto o diálogo, o ofensor terá a oportunidade de falar sobre as razões que o levaram a praticar o ato ilícito e a vítima poderá revelar as angústias e os prejuízos que experimentou, expondo, os dois, abertamente os sentimentos que nutrem um com relação ao outro. O objetivo central do procedimento é retroceder ao *status quo ante*, fazendo que os envolvidos em um conflito, sempre que possível, retomem a sua vida normal.

A partir da chamada ‘escuta ativa’ das partes, busca-se fazer que compreendam melhor as respectivas responsabilidades, apontando-lhes caminhos para uma convivência pacífica”.

Embora seja compreensível o apego ao paradigma punitivo, este tem se revelado inapto a garantir os resultados a que se propõe: “impedir, por um lado, que pessoas transgridam as normas, e, por outro, promover a ressocialização daqueles que já cumpriram suas punições” (SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz. Brasília: CNJ, 2016, p. 19), sendo urgente desenvolver novas formas de lidar com os problemas relativos aos jovens em conflito com a lei, que não retroalimentem a violência.

Não foi por outro motivo que a priorização da Justiça Restaurativa, após integrar a Lei do SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/2012, art. 35, III), constituiu diretriz estratégica de minha gestão da Presidência do CNJ (biênio 2015/2016), tendo resultado na edição da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça.

A este respeito, vale citar a precisa lição de Egberto de Almeida Penido, Monica Maria Ribeiro Mumme e Vanessa Aufiero da Rocha:

**ADI 3446 / DF**

“Tal iniciativa se faz atenta à ineficácia do sistema punitivo, que há muito não se mostra como uma estratégia eficaz na lida com a violência. Ao contrário, um sistema caro e custoso, que não leva à responsabilização; não acolhe a vítima em suas necessidades; não proporciona de modo efetivo a reparação do dano sofrido e que, a médio e longo prazo, acaba por agravar a violência, reforçando a fragilidade de todos os envolvidos e o esgarçamento do tecido social.

Tal iniciativa se faz dentro da busca da construção de uma política que não se calque apenas num sistema punitivo hierárquico, mas num sistema de efetiva responsabilidade, não apenas individual (daquele que praticou diretamente a ofensa), mas coletiva (de todos que contribuíram direta e/ou indiretamente para a ocorrência da ofensa) e horizontal; que cuida da vítima em suas necessidades (advindas do impacto da violência), bem como do ofensor; que possibilita a efetiva e integral reparação do dano causado.

Não bastasse, a edição da Resolução 225/2016, com ousadia, buscou legitimar ações interdisciplinares e interinstitucionais para além das ambiências forenses, considerando a complexidade do fenômeno da violência em suas múltiplas causas. Além ainda de prever cuidadosa forma de implementação da Justiça Restaurativa, considerando os contextos institucionais e sociais onde esta vier a ser efetivada.” (PENIDO, Egberto de Almeida. MUMME, Monica Maria Ribeiro. DA ROCHA, Vanessa Aufiero. Justiça Restaurativa e sua humanidade profunda: diálogos com a Resolução 225/2016 do CNJ. In *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz. Brasília: CNJ, 2016. p. 171/172).

Em suma, existem muitas alternativas ao paradigma punitivo. Penso que é importante destacá-las, porque o que está em jogo são direitos fundamentais da maior envergadura, sendo relevante trazer a lume outras experiências aptas a apontar caminhos mais condizentes com o ordenamento jurídico, e com a prioridade absoluta garantida

**ADI 3446 / DF**

constitucionalmente, do que as providências pleiteadas na inicial.

Finalmente, passando ao terceiro aspecto da argumentação do requerente, reputo plenamente constitucional o art. 122, I, II e III, do ECA, o qual atende não só ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito (art. 5º, LIV, da Constituição), à luz da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente, mas também à redação literal do art. 227, § 3º, V, da Carta Magna, o qual dispõe que, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade, deve-se obedecer “aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

O regramento atende, ainda, às já citadas Regras de Pequim, e também às Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade:

“2. Os menores só devem ser privados de liberdade de acordo com os princípios e processos estabelecidos nestas Regras e nas Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing). **A privação de liberdade de um menor deve ser uma medida de último recurso e pelo período mínimo necessário e deve ser limitada a casos excepcionais.** A duração da sanção deve ser determinada por uma autoridade judicial, sem excluir a possibilidade de uma libertação antecipada” (grifei).

A Lei 8.069/1990 ainda busca sua plena realização. Muitos fatos ainda ocorrem em desconformidade com o Estatuto, sobretudo no que tange à institucionalização de crianças e adolescentes. É oportuno lembrar que, não raro, são aplicadas medidas de internação aos adolescentes apreendidos por tráfico de entorpecentes, sem que estejam presentes as hipóteses legais do art. 122 do ECA. Esse é um exemplo de aplicação equivocada da lei, dentre outros que poderiam ser apontados.

**ADI 3446 / DF**

Não obstante as arbitrariedades, as tragédias e os fracassos que compõem nossa lenta evolução social, não se pode retroceder na garantia de direitos humanos dos jovens, sobretudo porque aqui tratamos do núcleo essencial dos direitos à liberdade e a não discriminação. O princípio da proibição do retrocesso social – que protege o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339) – impõe a preservação e proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Em suma, Senhor Presidente, são essas as razões pelas quais reputo constitucionais os artigos impugnados, julgando totalmente improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É como voto.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, quero iniciar primeiro cumprimentando as sustentações orais que foram realizadas por todos, tanto pelo requerente, quanto pela AGU, pela ilustre Procuradora-Geral da República, os vários *amici curiae*. Também cumprimento a profundidade do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, que facilita as breves considerações que irei realizar.

Aqui, como já foi dito, a ADI foi proposta pelo PSL contra quatro tópicos principais do Estatuto da Criança e do Adolescente. O reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 16, I, do direito à liberdade de crianças e adolescentes, nele compreendidos os de ir, vir e estar em espaços públicos, como ruas, parques e praças, do ponto de vista amplo.

O art. 122, inc. III, estabelece a condição para a aplicação das medidas de internação, que é a necessidade de reiteração do cometimento do ato infracional. A previsão de competência do Conselho Tutelar para execução de medidas protetivas em relação às crianças.

Essa arguição de inconstitucionalidade dos art. 105 c/c o 136, I, na verdade, o que pretende é igualar o tratamento entre criança e adolescente, na possibilidade, inclusive, de internação dos menores de 12 anos. E também pleiteia, o requerente, a inconstitucionalidade do art. 230, que tipifica como crime a privação da liberdade de criança e adolescente.

Além dos argumentos já colocados pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, parece-me que aqui duas são as questões importantíssimas. Primeiro - entendo que ninguém tem essa dúvida -, infelizmente, o sistema de proteção à criança e ao adolescente determinado pela Constituição, proteção integral, vem tendo pouca efetividade no Brasil nesses últimos 30 anos, como já, obviamente, anteriormente. Os números foram dados pelo Ministro Gilmar Mendes, os vários números - só na Unicef, na questão da pobreza na infância e na adolescência aponta 18

**ADI 3446 / DF**

milhões de crianças e adolescentes.

Então, obviamente que, do ponto de vista concreto, do ponto de vista executivo de gestão, há a necessidade de se alterar a fórmula e a forma pela qual os governos vêm realizando. Digo isso com pesar. Já participei desse sistema como Secretário de Justiça e Presidente da antiga Febem, hoje, Fundação Casa. A Fundação Casa, em São Paulo, gasta R\$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais) com cada adolescente internado - R\$ 11.500,00. Isso possibilitaria pagar, pelo menos, em média, três a quatro colégios particulares em São Paulo de alto nível, o que demonstra que o custo é muito elevado e o resultado é muito pouco.

Infelizmente, não se achou ainda um método eficaz para cumprir as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente. Então, o primeiro ponto é exatamente esse: ninguém, acredito, defende que o sistema protetivo à criança e ao adolescente vem funcionando às mil maravilhas.

O segundo ponto - e, aí, com a devida vênia ao autor, ao requerente, que me parece que foi ignorado na ação - é que se fez um corte no Estatuto da Criança e do Adolescente, arguiu-se a inconstitucionalidade de vários temas, como se não houvesse o restante do Estatuto da Criança e do Adolescente, outras medidas, inclusive complementadas pelo Código Civil, pela legislação civil, como a perda da guarda, a perda do antigo pátrio poder, hoje, poder familiar, que permitem ao Estado, sem criminalizar a conduta de crianças e adolescentes, dar um tratamento, inclusive, às famílias que praticam violência física, violência sexual nas crianças, podendo retirá-las e encaminhá-las às famílias substitutas, ou à própria adoção, após a perda do poder familiar.

Como se colocou a ação, parece que ou as crianças devem ser recolhidas compulsoriamente internadas, ou devem ficar na rua sem qualquer atenção. Ou seja, esse corte colocado pela ação não analisou a previsão legal completa do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E por que isso? E, aí, parece-me a questão mais grave: os pedidos de inconstitucionalidade do requerente pretendem realmente criminalizar as condutas daqueles que, pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do

**ADI 3446 / DF**

Adolescente, são sujeitos de direito. O que se pretende com a declaração de inconstitucionalidade dos vários dispositivos impugnados é penalizar as crianças e os adolescentes pela ausência de efetiva proteção integral, que deveria ser realizada pelo Estado, pelos pais e pela sociedade. Ora, se falha o Estado, se falharem os pais e a sociedade falha, vamos então criminalizar as condutas das crianças e dos adolescentes, principalmente às que vagam pelos parques, que vagam pelas praças, internando todas.

É uma política de higienização terrível que, volto a dizer, ao invés de buscar a integral proteção à criança e ao adolescente, conforme as normas do ECA e do Direito Civil, pretendem criminalizar as condutas daqueles que são sujeitos de direito como uma verdadeira responsabilidade objetiva. Se está vagando na rua - e o Ministro Gilmar Mendes citou um trecho da petição inicial -, é porque fará alguma coisa errada. Em razão disso, vamos interná-lo preventivamente. É a volta à prisão para averiguação, só que muito mais grave, trata-se de uma criança, de alguém com menos de 12 anos.

O que realmente se pretende aqui - e foi bem ressaltado da tribuna e nos memoriais por um dos *amicus curiae*, Doutor Guilherme Amorim -, ao reconhecer a possibilidade de recolhimento dos menores, é a representação não só da restrição à liberdade para além das hipóteses legais como a criminalização da pobreza.

O reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos legais não só criminaliza a pobreza como ignora o art. 5º, inc. LXI, o qual prevê:

"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;"

Essa possibilidade de declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos, permitindo internações para averiguação, internações não protetivas, mas excludentes das crianças, se permitido hoje, poderá, amanhã, ser permitido aos adolescentes e, depois, a todos. Se se permite aos menores de 12, quanto mais aos adultos.

Volto a insistir, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a legislação

**ADI 3446 / DF**

civil estabelecem medidas protetivas, inclusive do recolhimento, de se retirar de famílias agressoras, da rua, do ponto de vista civil, para encaminhamento a famílias substitutivas, a um novo lar. Não é o que se pretende do ponto de vista de atos infracionais; não no sentido do Direito Penal, mas no do direito punitivo, de penalização dessas condutas.

Há outros dois dispositivos, bem apontados pelo eminente Ministro Gilmar. A impugnação a esses dispositivos atenta, ao meu ver, como uma legítima opção do legislador, o qual estabeleceu, numa perspectiva razoável, da ciência médica, até 12 crianças e de 12 a 18 adolescentes. Até doze, devido à formação física e psíquica do cérebro, da personalidade; de 12 a 18, maior formação psíquica; e, a partir dos 18, há a imputabilidade penal. Então, até 12 anos, em virtude dessas diferenças entre crianças e adolescentes, estabeleceu-se a impossibilidade da punição pelo ato infracional com internação. Há medidas razoáveis para isso.

Ao se declarar inconstitucional, se permitiria também, amanhã, a declaração de inconstitucionalidade do que separa criança e adolescente - uma legítima opção do legislador -, o que restaria para se proibir o que separa criança e adolescente do maior de idade. Isso é uma legítima opção. Assim como legítima é a opção, e nada há de inconstitucional, ao prever que, no caso dos adolescentes - agora -, somente a reiteração de condutas praticadas sem violência ou grave ameaça permite a internação. Isso é um critério razoável.

O legislador tem discricionariedade da mesma forma que o legislador penal tem a discricionariedade para estabelecer o *quantum* da pena, se é regime aberto ou fechado, semiaberto ou fechado, se a pena é restritiva de direitos ou privativa de liberdade, e o fez, a meu ver, com acerto, para se evitar que um primeiro ato infracional sem violência ou grave ameaça já levasse à internação.

E diga-se, na última terça-feira, o grupo especial de trabalho que analisa diversos projetos contra o crime organizado, entre eles vários que apresentei na condição de presidente de uma comissão criada pela Câmara, segue exatamente esse caminho. Para descongestionar o

**ADI 3446 / DF**

Judiciário, o Ministério Público, a Polícia e permitir que ataquem a criminalidade organizada, amplia-se, para os crimes sem violência ou grave ameaça, a possibilidade de transação penal desde a audiência de custódia, desde que não se aplique a pena privativa de liberdade, que deve ser guardada, assim como a internação, para atos infracionais e crimes graves praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

Então, Presidente, com essas rápidas considerações, acompanho integralmente o eminente Ministro Gilmar Mendes, declarando que os artigos são constitucionais e, conseqüentemente, improcedente a ação.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhor Presidente, eminentes Pares, reitero os cumprimentos que já foram aqui externados, especialmente ao eminente Ministro-Relator e a todas as sustentações orais.

O voto de Sua Excelência e a conclusão vão ao encontro da declaração de voto que irei juntar e, por isso, acompanho integralmente Sua Excelência o Relator.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** A presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido Social Liberal – PSL em 29/03/2005 contra os seguintes dispositivos da Lei n.º 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente: art. 16, inc. I; art. 105; art. 122, inc. II, em relação à expressão “reiteração no”, e inc. III; art. 136, inc. I, em relação à referência “e 105”; art. 138; art. 230 e seu parágrafo único.

Após contextualizar a edição do Estatuto e suas primeiras alterações, afirma que o art. 16, I, c/c art. 230 impede o recolhimento de crianças carentes, impondo-lhes “o direito de permanecer na sarjeta”. Assim, a proibição da apreensão de crianças e adolescentes “para averiguação” ou “por motivo de perambulação” ofenderia o “princípio da razoabilidade” e, assim, o direito ao devido processo legal (CRFB, art.5º, XXXV e LIV) e o direito à proteção integral (CFRB, art. 227). Eis os dispositivos impugnados:

“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.”

E os parâmetros constitucionais:

**ADI 3446 / DF**

“Art. 5º

(...)

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;”

“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.”

Em relação aos arts. 105, 136 (“e 105”) e 138, sustenta que os atos infracionais praticados por crianças (menores de 12 anos) não estão sujeitos à apreciação judicial, uma vez que essa competência foi prevista para os conselhos tutelares, ofendendo o art. 5º, XXXV, da CRFB, acima transcrito, bem como o art. 227, §3º, inc. IV e art. 228 da CRFB, que não trazem essa distinção entre crianças e adolescentes. Os dispositivos impugnados têm o seguinte teor:

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

“Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

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

“Art. 138. Aplica-se ao Conselho Tutelar a regra de competência constante do art. 147 [regra de competência territorial].”

E os parâmetros de controle:

**ADI 3446 / DF**

“Art. 5º

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

“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:

(...)

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;”

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Por fim, o art. 122, incisos II (“por reiteração no”) e III, ofenderiam o princípio da razoabilidade (art. 5º, LIV), ao exigir a reiteração da conduta para aplicação da medida de internação aos atos infracionais sem violência ou grave ameaça contra pessoa. Eis os textos impugnados:

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

(...)

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da

**ADI 3446 / DF**

medida anteriormente imposta.

O pedido deve ser julgado improcedente. Ainda que haja manifestações pelo não conhecimento, tendo em vista a não impugnação de todos os dispositivos legais concernentes à liberdade, extrai-se da inicial o pedido de interpretação conforme, a fim de permitir a prisão “para averiguação” de menores em situação de rua, permitir a apreensão de crianças pela polícia (e não pelo Conselho Tutelar), e permitir a aplicação da medida de internação sem necessidade de reiteração nos casos em que não há violência ou grave ameaça à pessoa.

É evidente a inversão de valores promovida pelo pedido. A pretexto de promover a proteção das crianças e adolescentes, a rigor, pretende uma higienização social, mascarando o descumprimento do dever do Estado, da sociedade e da família (CRFB, art. 227) de, na realidade, ampará-las.

Bastaria a vedação do art. 5º, LXI, da CRFB (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;) para obstar a primeira pretensão.

Mas a criança e o adolescente são sujeitos de direito privilegiados que gozam de especial *status* protetivo, acolhendo-se a doutrina da proteção integral, seja no âmbito constitucional (art. 227), seja no âmbito infralegal (Lei n. 8.069/90), tal como reconhece a jurisprudência desta Corte (que lhes consagrou, p.ex, a aplicação do princípio da presunção de inocência e do dever de motivação das decisões judiciais, HC 122.072, 105917, 122.866), seja, ressaltado, no âmbito convencional, em especial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto n.º 99.710/90.

Sobre a questão referente às “crianças em situação de rua”, inclusive, o Comitê sobre os Direitos da Criança dedicou-lhes especial atenção ao editar os “Comentários Gerais n. 21”, explicitando o conteúdo dos seus direitos, impondo aos Estados “estratégias holísticas de longo prazo”. Ou seja, a solução normativa não passa pela repressão, mas pela proteção e

**ADI 3446 / DF**

inserção social.

Também em relação à pretensão referente à competência dos Conselhos Tutelares, a principiologia que informa a legislação é a mesma da Constituição, justamente não punitivista. Assim, previu-se que as crianças – menores, portanto, de 12 anos – que praticam atos infracionais serão encaminhadas ao Conselho Tutelar, a quem compete aplicar as medidas de natureza protetivas previstas no art. 101, I a VII (excluindo, portanto, a inclusão em programa de acolhimento familiar e a colocação em família substituta).

A competência do conselho tutelar responde justamente à necessidade de tratar o problema com uma questão da comunidade, em sintonia com o mandamento constitucional de impor a obrigação a toda sociedade. Não está, no entanto, excluída a competência judicial, como ressaltou a Procuradoria-Geral da República, uma vez que subsiste a previsão do art. 148, VII, de modo que compete à Justiça da Infância e da Juventude “conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.”

As regras de Beijing/Pequim – regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, são no mesmo sentido, estabelecendo os seguintes itens pertinentes (grifei):

“1.3. É necessário tomar medidas positivas que assegurem a mobilização completa de todos os recursos existentes incluindo a família, os voluntários e os outros grupos comunitários, assim como as escolas e outras instituições comunitárias, com o fim de promover o bem-estar do menor e reduzir a necessidade de intervenção da lei e tratar de forma eficaz, equitativa e humanitária o jovem em conflito com a lei.”

“11.1. Sempre que possível tentar-se-á tratar o caso dos Delinquentes juvenis evitando o recurso a um processo judicial perante a autoridade competente referida na regra 14.1 infra.

11.2. A polícia, o Ministério Público e os outros organismos que se ocupem de casos de delinquência juvenil poderão lidar com eles discricionariamente, evitando o recurso ao formalismo processual penal estabelecido, antes faseando-se

**ADI 3446 / DF**

em critérios fixados para esse efeito nos seus sistemas jurídicos e nas presentes regras.

(...)

11.4. A fim de facilitar a abordagem discricionária dos casos de delinquência juvenil, procurará organizar-se programas comunitários, designadamente de vigilância e de orientação temporárias e assegurar a restituição dos bens e a indenização das vítimas.”

Por fim, mesmo destino tem a pretensão de dispensar a reiteração para aplicar a medida de internação. Esta é a medida sócio-educativa mais drástica adotada pelo Estatuto e, como tal, deve ser proporcionalmente adotada em casos de maior gravidade, elegendo o legislador a necessidade de reiteração quando não houver grave ameaça ou violência à pessoa. A regra é que o adolescente, inclusive no exemplo trazido na Inicial (tráfico de drogas) deve ser tutelado e protegido, não privado de sua liberdade.

É o que se extrai, novamente, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que, no art. 37, prescreve a excepcionalidade das medidas privativas de liberdade e “apenas como último recurso”.

Atualmente, há ainda a regra 17.1.c, das regras de Beijing/Pequim: “c) A privação da liberdade individual só é imposta se o menor for considerado culpado de um fato grave que implique violência contra outra pessoa ou de reincidência noutros crimes graves e se não existir outra solução adequada.”

Essa regra vai, justamente, ao encontro da norma impugnada.

Enfim, o sistema normativo referente às crianças e adolescentes é protetivo, reconhecendo-os como sujeitos de direito, adotando-se a chamada “doutrina da proteção integral” (CRFB, art. 227; Lei n. 8.069/390, art. 1º), em superação à “doutrina da situação irregular” e do “menorismo”, vigente antes da CRFB. É vedado o retrocesso.

É como voto.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, também cumprimento, em primeiro lugar, o Relator por um voto relevante e sensível nesta matéria.

Aqui, nós estamos discutindo a legislação que contempla os sistemas de proteção da criança e do adolescente, e é desnecessário que eu diga que esta é uma das questões mais graves e dramáticas que existem no Brasil.

O ideário das convenções internacionais, da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tragicamente, não conseguiu se tornar realidade, sobretudo quando se introduziu a ideia de proteção integral da criança em substituição à política anterior, que era a da doutrina da situação irregular da criança e do adolescente, em que, na verdade, se depositava sobre os menores a responsabilidade pela sua condição de vulnerabilidade.

A verdade é que nós temos algumas dezenas de milhares de crianças em abrigos, crianças que foram abandonadas, um número em torno de 50 mil. E nós temos, por dados da UNICEF – o Relator mencionou alguns deles –, que, seis em cada dez crianças, no Brasil, se encontram em situação de algum grau de precariedade. Portanto, o País está falhando na sua obrigação com as novas gerações.

Eu penso que não é recrudescer, no sentido punitivo da legislação, com prisões para averiguação e outras distorções que tradicionalmente se praticavam, o que poderá contribuir para esse problema. Eu acho que, para esse desafio, existe uma solução que não é simples, mas é definitiva, que é um compromisso com a educação no primeiro momento da vida.

Eu escrevi, recentemente – ainda não publiquei –, um trabalho sobre a educação básica no Brasil. Das pesquisas mais recentes, há muitas conduzidas por um importante vencedor do Prêmio Nobel de Economia,

**ADI 3446 / DF**

James Heckman. Há uma entrevista – que até saquei aqui, para espanto do Ministro Alexandre de Moraes – em que ele deu dias atrás para a "Folha de São Paulo", reiterando em linguagem jornalística suas pesquisas. Na reportagem, ele demonstra que a fase mais importante na vida de uma pessoa é a que vai de zero a cinco anos. É nesse momento que o cérebro está em formação e em que se deve dar a essa criança nutrição, respeito, afeto, valores e capacidades cognitivas.

No caso brasileiro, esses são elementos que, felizmente, uma quantidade importante das famílias – talvez metade ou um pouco menos – consegue dar em casa. E, por sorte, nós conseguimos dá-los aos nossos filhos. Porém, sobretudo em lares desfeitos, tem de ser a escola a suprir essa demanda das crianças. Mas não pode ser uma creche puramente recreativa e desequipada. Tem que haver um investimento maciço em educação desde a tenra idade, já nas primeiras semanas de nascimento.

Na minha pesquisa, encontrei dados do Banco Mundial que revelam que a estimulação às crianças na primeira idade significa um aumento de mais de 25% nos seus ganhos futuros. As crianças que começam na escola, na primeira idade, vão muito mais além na sua escolaridade, com uma redução importante da criminalidade e da quantidade de meninas que engravidam ainda adolescentes.

Não há solução fácil para um problema dramático como esse, em que as variáveis são múltiplas; porque há até questões de saúde por crianças que vivem em lares sem saneamento, sujeitas aos valões negros. Mas há uma alternativa que, penso, deveria ser a prioridade número um do País: investir em escolas qualificadas para a primeira idade, sobretudo de crianças que vêm de lares desfeitos e não têm condições de receber em casa esses elementos a que eu me referi – nutrição, respeito, afeto, valores e capacidades cognitivas.

Portanto, penso que o Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive nesses dispositivos que foram impugnados, é no geral muito bom. Não há um problema de inconstitucionalidade aqui. No máximo, haverá uma inconstitucionalidade por omissão, em sede administrativa, de conseguir dar concretude ao que prevê o Estatuto da Criança e do

**ADI 3446 / DF**

Adolescente.

De modo que, cumprimentando de novo o Relator, por um debate que já tarda no Brasil, porque quem achar que o problema da educação no Brasil é escola sem partido, ideologia de gênero ou saber se 1964 foi golpe ou não foi golpe está assustado com a assombração errada.

O problema da educação no Brasil é a não alfabetização da criança na idade certa; é a evasão escolar no ensino médio; é o déficit de aprendizado com que a criança conclui os ensinos fundamental e médio – faz os testes e ela não aprendeu o mínimo que tinha que aprender –; é a carreira docente do ensino básico, que se tornou extremamente desestimulante e já não consegue motivar professores nem recrutar jovens capacitados.

Nós precisamos investir em educação básica. Esta é a fórmula da verdadeira revolução brasileira. E, para enfrentar de maneira estrutural e profunda a questão das crianças e dos menores abandonados e da delinquência infanto-juvenil, esta é a solução: escola em tempo integral desde a primeira idade, sobretudo para as crianças que não terão condições de receber esses valores e fatores relevantes em casa.

Presidente, também estou julgando improcedente o pedido.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, eminentes Pares, Senhora Procuradora-Geral da República, cumprimento também os advogados e as advogadas que ontem assomaram à tribuna. As sustentações orais fizeram-me lembrar – e também ontem foi mencionada e de imediato me veio à mente – a obra de Jorge Amado *Capitães de Areia*, que eu li ainda na minha adolescência e reli várias vezes e que profunda impressão em mim causou.

Em um Brasil retratado, em uma obra como *Capitães de Areia*, pela pena magistral de Jorge Amado, o ECA há de ser visto com olhos até de gratidão. Porque, de fato, ele trouxe, ele vocalizou a proteção integral à criança e ao adolescente, assegurada pela nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 227.

Cumprimento, em especial, o Ministro Gilmar Mendes, pelo voto primoroso e sensível, como acabou de ser dito, em que enfrentou todos os questionamentos que se fizeram aos cinco ou seis dispositivos acoimados de inconstitucionais.

Com o devido respeito às compreensões contrárias, entendo que esses dispositivos guardam absoluta consonância com o espírito, com os valores e com os princípios consagrados na nossa Lei Fundamental.

O Ministro Luís Roberto trouxe agora uma questão que eu também reputo da maior importância. Também entendo que a educação é o único caminho que temos para o enfrentamento desse tema de enorme gravidade. E, aqui, eu me permito lembrar a todos e a noticiar aos que ainda não sabem que o Tribunal Superior do Trabalho possui uma comissão de combate ao trabalho infantil. Tal comissão é presidida pela minha querida colega Ministra Kátia Magalhães Arruda, que, em julho último, publicou um belíssimo artigo a focar o problema por uma outra face. O artigo me foi enviado e depois eu também tive a oportunidade de lê-lo na imprensa.

**ADI 3446 / DF**

Nele se diz, e eu me permito ler um pequeno trecho, para aprofundar a nossa reflexão sobre o tema:

“No Brasil, morreram 236 crianças em decorrência de acidentes de trabalho na última década, sendo registrado o alarmante número de 40 mil acidentes com diversos tipos de ferimentos, amputação de membros e traumatismos.

Sob qualquer ângulo que se examine, o trabalho precoce é nefasto e prejudicial.

*[Discorre e encerra o texto lembrando Renato Russo nas suas palavras:]*

‘Deve haver algum lugar em que o mais forte não consegue escravizar quem não tem chance.’

Vidas de crianças importam!”

Nessa linha, presentes as enormes dificuldades que enfrentamos no Brasil, com gravíssimos reflexos na segurança, tema que nos diz a todos de muito perto, limito-me, aqui, Presidente, a subscrever na íntegra os fundamentos do eminente Relator.

Julgo improcedente esta ação de controle abstrato.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre Representante do Ministério Público, Senhores Advogados e Estudantes presentes.

Em boa hora, o Advogado assumiu a tribuna para esclarecer que esta ação foi proposta em 2005, quando, à época, a preocupação eram aquelas crianças que viviam nas esquinas, o que acabou culminando com uma tragédia, conhecida como Tragédia da Candelária, onde várias crianças de rua foram brutalmente assassinadas. Então, por uma ótica, o objetivo era exatamente proteger essas crianças.

Mas a lei que visa à proteção nem pode incidir na proibição do retrocesso nem pode incidir na proibição do excesso. Então, aqui, efetivamente, o que se pretende é uma limitação da liberdade das crianças, uma averiguação completamente desrespeitosa ao devido processo legal e uma impugnação à possibilidade de o Conselho Tutelar impor medidas, tendo em vista que ele não é uma esfera jurisdicional *stricto sensu*.

Quem quer que leia o objeto da ação vai verificar como se pode pretender declarar inconstitucional um conjunto de artigos que velam por direitos fundamentais. Por exemplo, pretende-se ver declarado inconstitucional o direito de liberdade da criança de ir e vir, e de estar nos logradouros públicos, em espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais. Quer-se impedir que o ato infracional conceda à criança uma segunda chance para que ela possa se recuperar, advertida que fora desse ato. Finalmente, digamos assim, nulificar a atividade do Conselho Tutelar.

Senhor Presidente, liberdade talvez seja um dos mais importantes direitos fundamentais, porque, para se ter uma vida digna, é preciso ter liberdade; para se ter liberdade de pensamento, opinião, crença é preciso ter liberdade; e a própria liberdade da criança não se adstringe a uma

**ADI 3446 / DF**

proteção genérica dos direitos fundamentais do art. 5º. Há um artigo próprio, o artigo 227, que impõe:

*"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."*

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta medidas socioeducativas, aplicadas somente em razão de determinados atos; e medidas repressivas, que são as medidas protetivas.

Então, o voto do Ministro Gilmar Mendes não deixou pedra sobre pedra. O conjunto normativo é completo em termos de proteção do menor. Agora, dizer que protege o menor restringindo-lhe a liberdade, poder averiguar de qualquer forma ou impedir o Conselho Tutelar de aplicar-lhes medidas protetivas é realmente a proibição do excesso.

Eu tive oportunidade de julgar um mandado de segurança em que se alegava que Monteiro Lobato era um escritor que tinha relações com organizações que segregavam e discriminavam, como a Ku Klux Klan - ninguém sabia disso -, e, num dado momento, até para poder aferir, digamos assim, a legitimidade daquela pretensão, eu passei a vista num ponto, que é o que parece um pouco desse caso. Esse caso, a pretexto de proteger, ele desprotege.

Então havia um conto de Monteiro Lobato em que uma senhora adotou uma criança para criar e batia nessa criança todos os dias. Ela batia e dizia: "*Eu bato porque eu te amo*". Até que um dia a criança disse: "*Então chega de tanto amor*". É mais ou menos isso o que acontece aqui. Aqui tem de parar esse amor todo pela criança, a ponto de não se sofismar que, no afã de protegê-la, se pretende eliminar a sua liberdade, a sua higidez moral. E essas crianças precisam de sentimento de pertencimento, não precisam de afastamento para uma determinada

**ADI 3446 / DF**

instituição, elas precisam de acolhimento pela sociedade.

Quando houve a chacina da Candelária, havia ali um grupo de crianças que toda semana era visitado por uma senhora, que recebeu até um prêmio; a Procuradora-Geral da República me lembrou agora nesse intervalo. Então, não são essas medidas que se pretende. E é até grotesca essa comparação, mas, na realidade, o que se pretende é uma “carrocinha” de recolhimento de crianças. E só para fazer uma comparação grotesca, atualmente se comemora que há dez anos se aboliu a carrocinha para recolher cachorro abandonado na rua. Então, não tem sentido agora surgir uma carrocinha para recolher menores nas ruas. E foi então num bom momento, realmente, que o Doutor Reale destacou que a ideia era exatamente outra e começou no Rio de Janeiro depois dessa chacina.

De resto, Senhor Presidente, vou fazer a juntada de voto, que é até desnecessária diante da amplitude e da profundidade do voto do Ministro Gilmar Mendes, que eu acompanho no sentido da improcedência do pedido.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX:** Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, ínclitos advogados e demais presentes.

Preliminarmente, o requerente pleiteia a suspensão liminar dos dispositivos impugnados e, no mérito, a declaração de sua inconstitucionalidade. Subsidiariamente, postula a declaração de inconstitucionalidade de todo o ECA, ou de todos os dispositivos correlatos aos impugnados. Requer, por fim, caso não atendidos os pedidos anteriores, a declaração de inconstitucionalidade do inciso I do artigo 16 e 230 do ECA, sem redução da expressão literal do texto por meio de interpretação conforme a Constituição para se permitir a apreensão de crianças e adolescentes para averiguação.

Impende considerar, inicialmente, que a questão acerca da impossibilidade jurídica do pedido de interpretação conforme a Constituição, arguida como prefacial, na realidade concerne ao mérito (inteligência dos arts. 17, 330 e 485 do CPC/2015) e como tal será apreciada.

No mérito, ressoa inequívoca a improcedência do pedido do demandante de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 16, I, 105, 122, II e III, 136, I, 138 e 230, todos do ECA.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a liberdade é direito fundamental que se encontra positivado, entre outros, nos seus artigos 5º e 227, *caput, in verbis*:

**ADI 3446 / DF**

*“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;*

*(...)*

*XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;*

*(...)*

*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”.*

Verifica-se, portanto, que o inciso I do artigo 16 do ECA, que assegura o direito de “*ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais*”, tão somente explicita o direito fundamental de liberdade no âmbito do microsistema protetivo instituído pela lei para as crianças e adolescentes, inexistindo a apontada inconstitucionalidade.

**ADI 3446 / DF**

Ressalte-se que a referida liberdade não se traduz em absoluta autodeterminação de crianças e adolescentes, conforme equivocadamente sustentado pelo demandante à exordial, pois além das restrições legais, encontra limites na doutrina da proteção integral, insculpida no artigo 227 da Constituição Federal, em perfeita sintonia com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e com a condição peculiar das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento.

No âmbito infraconstitucional, o ECA também impõe restrições à liberdade de crianças e adolescentes que podem ter duas naturezas: 1) medidas socioeducativas (para a reeducação de adolescentes que praticam atos infracionais análogos a crimes); 2) medidas protetivas (para garantir a proteção integral a crianças e adolescentes em situação de risco). Dessa forma, não é apenas em razão da prática de condutas ilícitas que a lei permite a restrição da liberdade de crianças e adolescentes, mas também quando elas se encontrem em situação de risco que justifique a intervenção estatal para a proteção dos seus direitos. Sobre o tema da liberdade de locomoção e suas limitações, assim discorre Andréa Rodrigues Amin, *in litteris*:

*“Caberá aos pais, família e comunidade fiscalizar o exercício desse direito concedido pró-criança e adolescente e não em seu desfavor. Assim, não se pode permitir que criança ou jovem permaneça nas ruas, afastado dos bancos escolares, dormindo em calçadas, cheirando cola de sapateiro e solvente, sobrevivendo de caridade ou pequenos furtos, mesmo que afirmem que estão na rua porque assim desejam. Em razão de sua conduta se colocam em risco, passando a ser enquadrados na hipótese do art. 98, III, do ECA, justo motivo para pronta intervenção da rede garantidora.”* (Dos direitos fundamentais. In: **MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade** - Coordenação. *Curso de direito da criança e adolescente: aspectos teóricos e práticos*, 8ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94)

Com efeito, verificada a exposição de crianças e adolescentes, em

**ADI 3446 / DF**

razão de sua conduta, a situações de risco, serão aplicáveis medidas protetivas (artigo 98, III, do ECA), tais como o encaminhamento aos pais ou responsável; orientação, apoio e acompanhamento temporários; inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; acolhimento institucional; inclusão em programa de acolhimento familiar; colocação em família substituta, dentre outras (artigo 101 do ECA), conferindo-se, assim, efetividade ao princípio da proteção integral, consagrado pelo artigo 227 da Constituição Federal.

Impende recordar que a doutrina da proteção integral reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, garantindo-lhes direitos especiais inerentes à sua condição de pessoas em desenvolvimento, não havendo que se falar, portanto, em violação ao princípio da igualdade pelo artigo 16, I, do ECA.

O impugnado tipo penal do artigo 230 do ECA, por seu turno, de forma absolutamente proporcional e razoável, tutela o referido direito fundamental à liberdade, sancionando a indevida privação da criança ou adolescente de sua liberdade de locomoção com a pena de detenção de seis meses a dois anos. Veja-se que essa pena é superior àquela prevista para o delito correspondente ao cerceamento ilegal da liberdade de locomoção na lei de abuso de autoridade, que é de detenção de dez dias a seis meses (artigo 3º, alínea *a*, artigo 4º, alínea *b*, e artigo 6º, § 3º, alínea *b*, da Lei 4.898/1965). Isso faz todo sentido sob o viés da proporcionalidade, pois a privação ilícita da liberdade de uma criança ou adolescente merece reprovação muito maior do que a de um adulto, como preconiza o artigo 227, § 4º, da CRFB.

Não há que se confundir, gize-se, ato de privação de liberdade,

**ADI 3446 / DF**

mediante apreensão irregular de criança e adolescente, com o mero encaminhamento ou condução para aplicação de medidas protetivas pela rede de atendimento, conforme realizado na inicial. É que o tipo penal em questão criminaliza apenas as hipóteses de privação ilegal da liberdade da criança ou adolescente, mas não aquelas realizadas com amparo na legislação de regência.

Não se apresenta por demais rememorar, ainda, a possibilidade de configuração de causas de exclusão da ilicitude, ou seja, do estado de necessidade, da legítima defesa própria ou de terceiro e do estrito cumprimento de dever legal, desde que a apreensão cesse tão logo o perigo ao bem jurídico seja afastado, a infirmar, também, os argumentos postos pelo demandante a título de impugnação ao artigo 230 do ECA.

Não prospera, outrossim, o pedido de *“interpretação conforme à Constituição da República do inciso I, do art. 16 c/c art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente (...), a fim de ser permitida a apreensão de crianças e adolescentes para averiguação, ou por motivo de perambulação, desde que determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”*, pois a defendida *“apreensão para averiguação”* não se coaduna com o regime democrático de direito, afrontando, de modo manifesto, entre outros, os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da absoluta excepcionalidade das medidas restritivas de liberdade.

Ademais, é indubitoso que a autoridade judiciária competente somente pode fazer expedir ordem de apreensão nos casos expressamente previstos em lei, não sendo admissível interpretação extensiva, sob pena de violação ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), bem como à literalidade do que dispõe o artigo 227, § 3º, V, da CRFB:

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

*(...)*

**ADI 3446 / DF**

*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;”*

Melhor sorte não socorre o demandante no que pertine à impugnação dos artigos 105, 136 e 138 do ECA.

Em consonância com o princípio constitucional da isonomia material, com a doutrina da proteção integral e atento à especial imaturidade da criança, ou seja, ao seu reduzido potencial de consciência da ilicitude e de exigibilidade de conduta diversa, elaborou o legislador, de modo adequado, regras diferenciadas para crianças e adolescentes que venham a praticar ato infracional, estabelecendo a possibilidade de aplicação tão somente de medidas de proteção às crianças (artigo 105 do ECA). Deveras, o encarceramento (internação) de pessoas com menos de 12 anos de idade não atingiria, certamente, o propósito socioeducativo a que essa medida se propõe, sendo mais adequado à reeducação dessas crianças que lhes sejam aplicadas medidas de proteção, de forma a evitar que cometam novas condutas ilícitas.

Razão não assiste ao demandante, também, na sua insurgência no tocante à atribuição, ao Conselho Tutelar, da aplicação de medidas protetivas a crianças que venham a praticar ato infracional (artigos 136, I, e 138 do ECA), porquanto consoantes os referidos dispositivos com o artigo 227 da Constituição Federal, que diluiu solidariamente entre família, sociedade e Estado a gestão e responsabilidade pela efetivação da doutrina da proteção integral.

Ora, o Conselho Tutelar integra a rede de proteção formada pelo Juizado da Infância e Juventude, Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional de direitos da criança e do adolescente, possuindo lastro, assim, no referido artigo 227 da Constituição Federal e sendo o órgão que, por excelência, representa a sociedade, pois seus membros são por ela diretamente escolhidos.

**ADI 3446 / DF**

É a própria sociedade, portanto, que atua por meio Conselho Tutelar, na proteção direta de suas crianças que, em razão de sua conduta - *in casu*, prática de ato infracional -, venham a ameaçar ou colocar em risco direito próprio, aplicando-lhes medida de cunho administrativo (não jurisdicional) e dotadas, portanto, de autoexecutoriedade.

A atividade investigatória relativa à prática de ato infracional, ressalte-se, compete à polícia judiciária, haja vista os conselhos tutelares não possuírem atribuição policial.

Não há que se falar, por conseguinte, em violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, na medida em que a atuação do Conselho Tutelar nos moldes estabelecidos pelos artigos 105, 136, I, e 138 do ECA não constitui exercício indevido de competência exclusiva da autoridade judiciária, tampouco caracteriza óbice à imediata invocação da tutela jurisdicional para revisão do mérito de suas decisões administrativas e da atuação individual de seus membros.

Especificamente quanto ao artigo 138, constata-se que a remissão feita ao artigo 147 do ECA tem apenas o condão de definir os limites territoriais da atuação de cada conselho tutelar e jamais de lhes outorgar competências jurisdicionais.

Improcede, igualmente, a impugnação à expressão “reiteração no” constante do inciso II do artigo 122 do ECA e à integralidade do inciso III do mesmo artigo, pois incorrente a alegada violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, sobressai da doutrina de Daniel Sarmento:

*“O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – que Robert Alexy denomina também como ‘mandado de ponderação’-, envolve, por seu turno, uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada. Ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior*

**ADI 3446 / DF**

*ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade.*

*Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida e, no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.” (A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.89)*

Ora, a medida de internação, em virtude da sua natureza segregadora, configura severa restrição ao direito fundamental de liberdade, devendo ser aplicada, por conseguinte, de modo efetivamente excepcional, como *ultima ratio*, com especial observância à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento. É o que dispõe o já citado artigo 227, § 3º, V, da CRFB:

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

*(...)*

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

Assim, em que pesem os argumentos postos em contrário pelo demandante, verifica-se que tais critérios foram devidamente observados e sopesados pelo legislador nos dispositivos impugnados, mediante adequada ponderação dos valores constitucionais, conformando-se, desse modo, com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Não se apresenta por demais destacar, por fim, o fato das impugnadas restrições à aplicação de medida de internação se encontrarem em estreita conformidade, inclusive, com a Resolução 40/33 da ONU, subscrita pelo Brasil, conhecida como Regras de Beijing, a qual estabelece, em seu item 17.1, *c*, que “*não será imposta a privação de liberdade*

**ADI 3446 / DF**

*peçoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada”.*

*Ex positis*, voto pela improcedência dos pedidos, acompanhando o Ministro relator.

É como voto.

08/08/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Acompanho, *integralmente*, Senhor Presidente, **o brilhante e substancioso voto** proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **Relator** da presente causa.

**É o meu voto.**

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.446**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE (003803/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO (262284/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : AMAR - ASSOCIAÇÃO DE MÃES E AMIGOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE EM RISCO

AM. CURIAE. : FUNDACAO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE

AM. CURIAE. : INSTITUTO PRO BONO

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO PROJETO TRAVESSIA

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (19379/SP)

ADV.(A/S) : GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA (130183/SP)

AM. CURIAE. : SOCIEDADE DE APOIO AOS DIREITOS HUMANOS - MNDH

ADV.(A/S) : CLIMENE QUIRIDO (06064/DF)

AM. CURIAE. : CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

ADV.(A/S) : MARTA MARÍLIA TONIN (15000/PR)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB

ADV.(A/S) : ROBERTO ANTONIO BUSATO (0007680/PR)

AM. CURIAE. : CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH

ADV.(A/S) : ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA (201790/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

AM. CURIAE. : NÚCLEO ESPECIALIZADO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE - NEIJ

ADV.(A/S) : DÉBORA NACHMANOWICZ DE LIMA (389553/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S) : THAÍS NASCIMENTO DANTAS (377516/SP)

ADV.(A/S) : MAYARA SILVA DE SOUZA (388920/SP)

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG (329833/SP)

ADV.(A/S) : ISABELLA HENRIQUES (155097/SP)

**Decisão:** Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, AMAR - Associação de Mães e Amigos da Criança e Adolescente em Risco, Fundação Abrinq pelos Direitos da

Criança e do Adolescente, Instituto *Pro Bono* e Fundação Projeto Travessia, o Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, a Dra. Mariana Chies Santiago Santos; pelo *amicus curiae* Instituto Alana, a Dra. Thaís Nascimento Dantas; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Paraná, o Dr. Marcelo Lucena Diniz, Defensor Público do Estado do Paraná; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público da União; pelo *amicus curiae* Núcleo Especializado de Infância e Juventude - NEIJ, o Dr. Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Isadora Cartaxo, Advogada da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.08.2019.

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 08.08.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário