

# Manual Prático das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude

Volume I



As constantes (e cada vez mais rápidas) transformações sociais que ocorrem em nossa época se fazem sentir de maneira absoluta no trato das questões da infância e juventude, onde não há tempo a perder, nem há como fazer o tempo parar, pois, em apenas sete anos a primeira infância se vai; com mais cinco uma criança se torna adolescente e, passados mais seis anos, chega à condição legal de um cidadão maior e capaz para todos os atos da vida.

Por isso é que a atuação do Ministério Público na área da infância e juventude requer não só conhecimento, mas sabedoria; não só atenção profissional, mas dedicação à causa, com gentil firmeza.

Como lembrado pelo Dr. Fernando Grella Vicira, no prefácio desta obra, o Ministério Público do Estado de São Paulo é detentor de um legado histórico de sabedoria e dedicação à causa da infância e juventude.

E é nosso dever, dever dos que atuam hoje na área da infância e juventude, no mínimo não perder esse legado e atentos às mudanças de nossa época, enfrentar, de maneira firme, mas gentil, todas as violências que atingem as crianças e os adolescentes com a possível sabedoria ao nosso alcance.

Dentre os objetivos de um manual prático estão o estímulo e a indução

**Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva: Lélío Ferraz de Siqueira Neto,  
Fernando Henrique de Moraes Araújo, André Pascoal da Silva, Eduardo Michelin  
Campana**

**São Paulo, fevereiro de 2012**

## ÍNDICE

PREFÁCIO .....	19
– ATO INFRACIONAL – .....	20
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI .....	20
Capítulo 1 – O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI - CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	21
1 – Introdução.....	21
1.1 – O devido processo legal .....	22
1.2 – Finalidade do processo socioeducativo.....	23
1.3 – Aspectos práticos de atenção – buscando eficiência no processo socioeducativo .....	24
2 – Ato infracional cometido por criança. ....	26
3 – Ato infracional cometido por adolescente.....	27
Capítulo 2 – APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL – ASPECTOS GERAIS.....	28
1 – Considerações Gerais.....	28
2 – Das garantias.....	28
3 – Processo e competência .....	31
4 – Uso de algemas .....	33
Capítulo 3 – FASE PRÉ-PROCESSUAL – APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA .....	35
1 – Do boletim de ocorrência circunstanciado .....	35
2 – Da oitiva informal .....	37
2.1 – A natureza e importância da oitiva informal.....	37
2.2 – A notificação para oitiva informal.....	40
2.3 – Da presença de defensor e do responsável .....	42
2.4 – A oitiva informal não constitui condição de procedibilidade .....	48
3 – Providências após a oitiva informal .....	49
3.1 – O arquivamento .....	50
3.2 – Da maioria.....	51
3.3 - A Remissão como forma de exclusão do processo .....	53
3.4 – Da possibilidade de cumulação de medidas socioeducativas no âmbito da remissão concedida pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo .....	54
3.5 - Da necessidade de oitiva informal prévia para a remissão.....	58
3.6 - Da homologação da remissão .....	59
3.7 - Da necessidade de concordância do adolescente .....	61

Capítulo 4 – FASE PRÉ-PROCESSUAL – APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA .....	64
1 - Considerações Preliminares .....	64
2 - Da imediata apresentação ao Ministério Público.....	65
3 - Da questão do tráfico de drogas .....	66
4 - Da internação provisória.....	72
5 – Da internação provisória em Delegacia de Polícia.....	76
6 - Da transferência de adolescente internado provisoriamente .....	78
Capítulo 5 – FASE PROCESSUAL - APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL.....	79
1 - Considerações gerais .....	79
2 – A Representação .....	81
2.1 – Requisitos e natureza .....	81
2.2 - Representação: Número de testemunhas.....	82
2.3 - Desnecessidade de prova pré-constituída.....	82
4 - O recebimento .....	84
3 - A notificação do adolescente e responsável.....	85
3.1 - A não localização do adolescente .....	85
3.2 - A não localização do adolescente, pai ou responsável .....	86
3.3 - A possibilidade de condução coercitiva.....	87
3.4 – A requisição do adolescente internado.....	87
4 – Audiência de apresentação .....	87
4.1 – Conceito .....	87
4.2 – Início do processo.....	88
4.3 – Opinião de profissional qualificado.....	90
4.4 – Remissão judicial .....	91
4.5 – Cumulação de medidas com a remissão.....	92
4.6 – Da remissão judicial a pedido do Ministério Público .....	93
4.7 – Nomeação de defensor .....	94
4.8 – Defesa prévia e rol de testemunhas .....	96
4.9 – Audiência em continuação.....	98
4.10 – Possibilidade de conversão em memoriais .....	98
4.11 – A sentença escrita .....	99
4.12 – Ausência em continuação (audiência de instrução e julgamento) .....	99
4.13 – Hipóteses de não aplicação de medida.....	100
4.14 – Intimação da sentença .....	101
4.15 – Admissão de assistente de acusação .....	104

Capítulo 6 – O SISTEMA RECURSAL .....	106
1 – Considerações Preliminares.....	106
2 – Prazos.....	107
3 – Juízo de retratação.....	107
4 – Efeitos do recurso.....	109
Capítulo 7 – DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS .....	113
1 - Considerações Gerais .....	113
2 – Princípios.....	119
3 - Da substituição das medidas socioeducativas .....	122
Capítulo 8 - DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPÉCIE .....	125
1 - Advertência .....	125
2 – Obrigação de reparar o dano.....	127
3 - Prestação de serviços à comunidade .....	128
3.1 - Considerações Gerais .....	128
3.2 - Prazos para a medida de prestação de serviços à comunidade: .....	129
3.3 - Características da prestação de serviços à comunidade:.....	129
4 - Liberdade Assistida.....	131
4.1 - Considerações Gerais .....	131
4.2 - Prazos.....	133
4.3 - A questão da maioria.....	134
4.4 - A previsão da figura do orientador na Liberdade Assistida.....	135
4.5 - Da possibilidade de cumulação de medidas .....	137
4.6 - Da possibilidade de regressão da liberdade assistida para internação-sanção/ quesitos avaliação.....	138
4.7 - Necessidade de Contraditório .....	140
5 - Semiliberdade.....	140
6 – Internação.....	142
6.1 - Prática de ato infracional mediante violência ou grave ameaça à pessoa.....	143
6.2 - Reiteração na prática de atos infracionais graves .....	145
6.3 - Por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta/ internação sanção.....	151
6.3.1 - Da impossibilidade de conversão da medida imposta por força da remissão.....	151
6.3.2 - Das situações em que não ocorra a devida instrução.....	152
6.3.3 - Da necessidade de contraditório e ampla defesa para a conversão/ regressão.....	152
6.3.4 - Da necessidade de contraditório e audiência de revisão .....	153
6.3.5 - Da não regressão por saltos .....	154

6.3.6 - Do prazo de internação sanção/ regressão.....	154
6.4 - Prazos.....	155
6.5 - Princípios .....	156
6.6 – Da reavaliação.....	159
6.7 - Necessidade de contraditório .....	160
Capítulo 9 – EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - TEMAS RELEVANTES.....	162
1 – Incidentes de execução das medidas socioeducativas .....	162
2 – Dos princípios orientadores da execução das medidas socioeducativas.....	162
3 – Do processo de execução de medidas socioeducativas.....	164
4 – Do recurso cabível.....	165
5 – Gravidade do ato infracional .....	166
6 - Reincidência e reiteração.....	167
7 - Proporcionalidade da medida .....	170
8 – Progressão .....	171
9 - Regressão das medidas socioeducativas/ Internação-sanção .....	173
9.1 - Conceito de reiteração para regressão .....	174
9.2 – Não regressão por salto .....	174
9.3 – Da audiência de advertência .....	174
9.4 - Renovação da internação sanção.....	175
9.5 - Da oitiva prévia.....	176
9.6 - Do procedimento para regressão/ contraditório .....	176
9.7 - Maioridade civil.....	178
9.8 - Prescrição.....	180
9.9 - Adolescentes com deficiência mental.....	184
9.10 - Da condenação à nova medida socioeducativa no curso da execução/ a questão da unificação.....	187
9.11 Cabimento da detração no cumprimento de medidas socioeducativas.....	194
Capítulo 10 – SINASE – SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO .....	196
1 – Conceito .....	196
2 – Princípios.....	197
3 – Objetivos.....	197
4 – Principais diretrizes pedagógicas do atendimento socioeducativo.....	198
5 – Espaço físico, infraestrutura e capacidade .....	200
6 – Medidas em meio aberto (Prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida).....	200

7 – Semiliberdade/Requisitos .....	200
8 – Internação .....	201
9 – Atendimento socioeducativo .....	201
10 - Convivência protetora.....	203
11 - Capacidade.....	203
12 – Visitação.....	203
13 - Direitos humanos .....	204
14 - Acompanhamento técnico.....	204
15 – Parâmetros arquitetônicos para unidades de atendimento socioeducativo.....	207
Capítulo 11 – PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE DE ENTIDADE DE ATENDIMENTO.....	212
1 – Representação do Ministério Público .....	212
2 – Representação do Conselho Tutelar .....	214
3 – Representação do ofendido.....	214
4 – Intervenção do Ministério Público .....	214
4 – Afastamento provisório.....	214
5 – Direito de resposta.....	215
7 – Prazo para saneamento das irregularidades .....	215
8 – Multa e advertência .....	216
INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS .....	219
Capítulo 1 – CONCEITO .....	220
Capítulo 2 – DA RESPONSABILIDADE E DA INTERPRETAÇÃO QUANTO ÀS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS .....	221
Capítulo 3 – ASPECTOS GERAIS REFERENTES À APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	225
1 - Formas da instauração do procedimento administrativo .....	225
2 - Das especificidades do procedimento .....	228
3 - Da competência para apuração.....	232
4 - Do exercício da defesa.....	236
5 - Dos efeitos da revelia.....	237
6 - Do contraditório diferido .....	239
7 - Das sanções administrativas.....	239
8 - Prazo prescricional de multa por infração .....	245
9 – Da execução das multas .....	246
Capítulo 4 – DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE .....	248
Artigo 245 – .....	248

1 - Sujeito ativo: .....	248
2 - Sujeito passivo:.....	249
3 - Autoridade competente:.....	249
4 - Estabelecimento de atenção à saúde: .....	249
5 - Ensino fundamental, pré-escola e creche:.....	249
6 - Suspeita ou confirmação de maus-tratos: .....	250
7 - Afastamento do agressor:.....	250
JURISPRUDÊNCIA .....	251
Afastamento do agressor .....	251
8 - Objetividade jurídica:.....	252
JURISPRUDÊNCIA .....	252
Omissão na comunicação de caso de maus tratos pelo sistema de ensino.....	252
Artigo 246 -.....	253
1 - Conceito de responsável: .....	254
2 - Outros responsáveis/ funcionários: .....	254
3 - Entidade de atendimento:.....	254
JURISPRUDÊNCIA .....	256
Responsabilidade pelo adolescente internado .....	256
Responsabilidade dos dirigentes.....	256
Artigo 247 -.....	257
1 - Fundamento:.....	258
2 - Procedimentos: .....	259
3 - Sujeito passivo e conceitos referidos: .....	259
4 - Tipo objetivo: .....	259
5 - Objetividade jurídica:.....	261
6 - Competência:.....	261
7 – Da Adin 869-DF:.....	261
8 - Multa e indenização: .....	262
9 - Legitimado: .....	262
10 - Conselho Tutelar:.....	263
JURISPRUDÊNCIA .....	263
Divulgação - Ato infracional.....	263
Divulgação apelido e residência – identificação indireta .....	264
Identificação direta.....	264
Identificação indireta.....	265
Matéria apócrifa.....	266

Danos morais.....	266
Medida cautelar.....	267
Artigo 248 -.....	267
1 - Sujeito Ativo:.....	268
2- Autoridade judiciária/procedimento:.....	268
3 – Regularização da guarda:.....	268
4 - Adolescente:.....	269
5 - Serviço doméstico:.....	269
6 - Outra comarca:.....	269
7 - Autorização dos pais ou responsáveis:.....	270
8 - Despesas de retorno:.....	270
JURISPRUDÊNCIA.....	270
Não regularização/trabalho doméstico.....	270
Artigo 249 -.....	271
1- Sujeitos ativos:.....	271
2 - Guarda de fato:.....	272
3- Sujeitos passivos:.....	272
4- Dolo ou culpa:.....	272
5- Deveres:.....	273
6- Determinação de autoridade judiciária:.....	273
7 - Conselho Tutelar:.....	274
8 – A infração administrativa como ação autônoma à destitutiva:.....	274
JURISPRUDÊNCIA.....	275
Abandono material e emocional.....	275
Educação dos filhos.....	275
Determinação do Conselho Tutelar.....	276
Determinação judicial.....	276
Elemento subjetivo.....	277
Artigo 250 -.....	278
1- Sujeito ativo:.....	278
2 - Sujeito passivo:.....	278
3 - Tipo objetivo:.....	278
4 - Desacompanhado dos pais ou responsável:.....	279
5 - Autorização escrita:.....	279
6 - Autoridade Judiciária:.....	279
7 - Hotel, pensão, motel ou congêneres:.....	280



8 - Fechamento do estabelecimento: .....	280
9 - Relação com prostituição ou exploração sexual: .....	281
10 - Dos casados ou em união estável: .....	281
11 – Retenção de documentos: .....	281
JURISPRUDÊNCIA .....	282
Elementos suficientes .....	282
Exploração sexual .....	282
Artigo 251 - .....	283
1- Referências: .....	283
2 – Viagem para outra comarca .....	283
2.1 - Comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana: .....	284
2.2 - Criança estiver acompanhada de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmete o parentesco: .....	284
2.3 - Criança acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável: .....	284
2.4 - Possibilidade de autoridade judiciária, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos: .....	284
3 – Viagem ao exterior .....	285
3.1 - Dispensa de autorização judicial: .....	285
3.2 - Hipóteses de vedação: .....	286
3.3 - Resolução do CNJ: .....	286
3.4 - Parecer acerca de Cruzeiros Marítimos: .....	287
JURISPRUDÊNCIA .....	287
Adolescente sozinho – violação .....	287
Criança sem autorização .....	288
Prescindibilidade de documento .....	288
Artigo 252 - .....	289
1 - Sujeito ativo: .....	290
2 - Sujeito passivo: .....	290
3 - Diversão ou espetáculo público: .....	290
4 - Deixar de afixar: .....	291
5 - Tutela jurídica: .....	291
6 - Lugar visível e de fácil acesso: .....	291
7 - Informação destacada sobre a natureza da diversão ou do espetáculo: .....	291
8 - Faixa etária especificada no certificado de classificação – Portaria 1.100/06 do Ministério da Justiça .....	291

JURISPRUDÊNCIA .....	292
Não especificação faixa etária.....	292
Caracterização .....	293
Artigo 253 - .....	294
1 - Sujeito ativo: .....	294
2 - Sujeito passivo:.....	294
3 - Anunciar: .....	295
4 - Tutela Jurídica:.....	295
5 - Indicação dos limites de idade – classificação indicativa:.....	295
JURISPRUDÊNCIA .....	296
Competência / legitimidade passiva do responsável.....	296
Responsabilidade da casa espetáculo e órgão de divulgação.....	297
Responsabilidade pelo exemplar e não por cada anúncio realizado .....	298
Artigo 254 - .....	299
1 - Sujeito ativo: .....	299
2 - Sujeito passivo:.....	299
3 - Transmitir:.....	299
4 - Tutela jurídica:.....	300
5 - Horário diverso do autorizado:.....	300
6 - Ação civil pública.....	300
7 - Aviso de sua classificação: .....	314
8 - Pena:.....	314
JURISPRUDÊNCIA .....	314
Denúncia à lide (lei de imprensa) – impossibilidade .....	314
Legitimidade ativa da retransmissora.....	315
Artigo 255 - .....	316
1 - Sujeito ativo: .....	316
2 - Sujeito passivo:.....	317
3 - Exibir: .....	317
4 - Portaria nº 1.100/06:.....	317
5 - Do direito dos pais:.....	317
JURISPRUDÊNCIA .....	323
Classificação indicativa e proibitiva .....	323
6 - Pena:.....	324
JURISPRUDÊNCIA .....	324
Burla fiscalização.....	324

Artigo 256 -.....	325
1 - Sujeito ativo: .....	325
2 - Sujeito passivo:.....	325
3 - Tutela Jurídica:.....	325
4 - Fita de programação em vídeo: .....	325
5 - Da conduta: .....	326
6 - Portaria 1.100/06.....	326
7 - Pena:.....	327
JURISPRUDÊNCIA .....	327
Prova suficiente - dosimetria acima do mínimo .....	327
Artigo 257 -.....	327
1 - Sujeito ativo: .....	328
2 - Sujeito passivo:.....	328
3 - Objetividade Jurídica:.....	328
4 - Pena diferenciada:.....	329
JURISPRUDÊNCIA .....	329
Conteúdo pornográfico - incorrência/ responsabilidade do DER.....	329
Caracterização da infração.....	330
Multa diária- conversão em valores atuais.....	331
Artigo 258 -.....	332
1 - Sujeito ativo: .....	332
2 - Responsabilidade solidária:.....	333
3 - Sujeito Passivo: .....	333
4 - Preliminares: .....	333
5 - Portaria do Juízo e Alvarás: .....	334
6 - Participação em eventos e espetáculos públicos:.....	335
7 - Bebida Alcoólica: .....	336
8 - <i>Lan House</i> .....	337
JURISPRUDÊNCIA .....	337
Jogo de sinuca/ prescrição .....	338
Certame de beleza.....	338
Bebidas alcoólicas.....	338
Controle acesso/ violação portaria judicial.....	339
Jogos eletrônicos.....	339
Prova suficiente .....	340
Valor da multa .....	340

Solidariedade.....	341
Participação em programa televisivo .....	342
Desrespeito ao alvará – responsabilidade do promotor do evento.....	343
Responsabilização pessoa jurídica.....	344
Artigo 258-A - .....	345
1 - Sujeito ativo: .....	346
2 - Sujeito passivo:.....	346
3 - Tutela Jurídica:.....	347
4 - Cadastro de adoção: .....	347
5 - Acolhimento familiar e institucional:.....	347
5 - Providências tomadas para reintegração familiar ou colocação em família substituta:.....	348
7 - Deixar de efetuar cadastramento: .....	348
8 - Multa: .....	349
9 - Competência originária.....	349
Artigo 258-B - .....	349
1 - Sujeitos ativos:.....	349
2 - Sujeitos passivos:.....	350
3 - Tutela jurídica:.....	350
3 - Adoção “intuitu personae”.....	351
4 - Estabelecimento de saúde à gestante:.....	352
5 - Programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar:.....	353
6 - Deixar de efetuar imediato encaminhamento: .....	353
7 - Mãe ou gestante – interesse na entrega de filho à adoção: .....	354
DOS CRIMES PREVISTOS NO ECA .....	355
Capítulo 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS .....	356
Capítulo 2 – DOS CRIMES EM ESPÉCIE .....	358
Artigo 228 -.....	358
Denominação:.....	358
Objetividade jurídica:.....	359
Sujeito ativo: .....	359
Sujeito passivo:.....	360
Tipo objetivo:.....	360
Tipo subjetivo:.....	361
Pena:.....	361
JURISPRUDÊNCIA .....	362

Conceito de funcionário público.....	362
Menor potencial ofensivo .....	362
Direito da parturiente – ação cautelar .....	363
Extinção da punibilidade .....	363
Artigo 229 -.....	364
Denominação:.....	364
Objetividade jurídica:.....	364
Sujeito ativo: .....	364
Sujeito passivo:.....	365
Tipo objetivo:.....	365
Pena:.....	367
Artigo 230 - .....	367
Denominação:.....	367
Objetividade jurídica.....	367
Sujeito ativo .....	368
Sujeito passivo.....	368
Tipo objetivo.....	368
Tipo subjetivo.....	371
Pena.....	371
JURISPRUDÊNCIA .....	371
Caracterização .....	371
Extinção da punibilidade .....	372
Perda do cargo público.....	373
Artigo 213 – .....	374
Denominação.....	375
Objetividade jurídica.....	375
Sujeito ativo .....	375
Sujeito passivo.....	375
Tipo objetivo.....	375
Tipo subjetivo.....	376
Pena.....	376
JURISPRUDÊNCIA .....	376
Reconhecimento de prescrição.....	377
Pena restritiva de direitos.....	377
Artigo 232 – .....	378
Denominação.....	378

Objetividade jurídica.....	379
Sujeito ativo .....	379
Sujeito passivo.....	379
Tipo objetivo.....	379
Tipo subjetivo.....	380
Pena.....	380
JURISPRUDÊNCIA .....	380
Concurso material e continuidade delitiva.....	380
Elemento subjetivo.....	381
Concurso com maus-tratos/ sursis .....	382
Declaração da vítima.....	382
Extinção da punibilidade/ concurso material .....	383
Artigo 233 .....	383
Artigo 234.....	385
Denominação.....	385
Objetividade jurídica.....	385
Sujeito ativo .....	385
Sujeito passivo.....	386
Tipo objetivo.....	386
Tipo subjetivo.....	386
Pena.....	387
JURISPRUDÊNCIA .....	387
Extinção da punibilidade .....	387
Artigo 235 – .....	388
Denominação.....	388
Objetividade jurídica.....	388
Sujeito ativo .....	388
Sujeito passivo.....	388
Tipo objetivo.....	389
Tipo subjetivo.....	390
Pena.....	390
Artigo 236 .....	390
Denominação.....	391
Objetividade jurídica.....	391
Sujeito ativo .....	391
Sujeito passivo.....	391

Tipo objetivo.....	391
Tipo subjetivo.....	392
Pena.....	392
JURISPRUDÊNCIA .....	392
Caracterização do delito previsto no Dec. Lei 201/67 .....	392
Ofensa verbal - descaracterização.....	393
Artigo 237 – .....	393
Denominação.....	393
Objetividade jurídica.....	393
Sujeito ativo .....	393
Sujeito passivo.....	394
Tipo objetivo.....	394
Tipo subjetivo.....	395
Pena.....	395
JURISPRUDÊNCIA .....	395
Descaracterização – união estável .....	395
Elemento subjetivo.....	395
Suficiência de provas .....	396
Artigo 238 – .....	396
Denominação.....	396
Objetividade jurídica.....	396
Sujeito ativo .....	397
Sujeito passivo.....	397
Tipo objetivo.....	397
Tipo subjetivo.....	398
Pena.....	398
JURISPRUDÊNCIA .....	399
Proposta de entrega genérica – descaracterização .....	399
Potencial consciência da ilicitude.....	399
Elemento subjetivo.....	400
Artigo 239.....	400
Denominação.....	400
Objetividade jurídica.....	401
Sujeito ativo .....	401
Sujeito passivo.....	401
Tipo objetivo.....	401

Tipo subjetivo.....	402
Competência.....	402
Pena.....	402
JURISPRUDÊNCIA .....	403
Competência - tempo da ação .....	403
Palavra da vítima/ consumção.....	403
Publicidade dos atos/ abolitio criminis.....	403
HC – impossibilidade de discussão de provas – denegação .....	404
Crime formal .....	404
Artigo 240 .....	405
Histórico .....	406
Denominação.....	407
Objetividade jurídica.....	409
Sujeito ativo .....	409
Sujeito passivo.....	409
Tipo objetivo.....	410
Tipo subjetivo.....	411
Consumação e tentativa .....	411
Pena.....	411
Causas de aumento de pena .....	411
Concurso de delitos.....	412
JURISPRUDÊNCIA .....	413
Concurso de crimes/ crime hediondo/ regime inicial fechado .....	413
Exigência de publicidade.....	413
Artigo 241 .....	414
Artigo 241-A .....	414
Artigo 241-B .....	415
Artigo 241-C .....	416
Artigo 241-D .....	416
Artigo 241-E .....	417
Histórico .....	417
Objetividade jurídica e objetos materiais .....	420
Sujeito ativo .....	420
Sujeito passivo.....	420
Tipo objetivo, tipo subjetivo, consumação e tentativa, e sanção penal com relação aos artigos 241 a 241-D da Lei 8.069/90.....	420



Causas de exclusão de ilicitude.....	423
Norma penal explicativa.....	425
Competência.....	426
JURISPRUDÊNCIA .....	426
Conflito de competência.....	426
Absorção do art. 240.....	428
Dosimetria da pena e continuidade delitiva.....	428
Pergunta às partes/ dosimetria da pena.....	429
Aptidão da denúncia.....	429
Palavra da vítima/ inoctrência de aboliti criminis .....	430
Habeas corpus – constrangimento não caracterizado.....	430
Suficiência de provas .....	431
Validade testemunho policial.....	432
HC – cabimento da prisão preventiva .....	432
Artigo 242.....	432
Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.....	433
Denominação.....	433
Objetividade jurídica.....	433
Sujeito ativo .....	433
Sujeito passivo.....	433
Tipo objetivo.....	433
Tipo subjetivo.....	435
Pena.....	435
JURISPRUDÊNCIA .....	435
Prova emprestada- suficiência – pena-base acima do mínimo legal.....	435
Artigo 243.....	436
Denominação.....	436
Objetividade jurídica.....	436
Sujeito ativo .....	436
Sujeito passivo.....	437
Tipo objetivo.....	437
JURISPRUDÊNCIA .....	438
Desclassificação contravenção .....	438
Tipo subjetivo:.....	440
Pena.....	440
Artigo 244.....	440

Denominação.....	441
Objetividade jurídica.....	441
Sujeito ativo .....	441
Sujeito passivo.....	441
Tipo objetivo.....	441
Tipo subjetivo.....	442
Pena.....	442
Artigo 244-A .....	442
Denominação.....	443
Revogação.....	443
Comparação .....	444
JURISPRUDÊNCIA .....	446
Depoimento vítimas/ continuidade/ majoração/ condição de procedibilidade.....	446
HC – incompetência STF – intimação dos Defensores.....	447
Concurso material com 228,§ 1º do CP/ questão da lei 12.015/09 (lex mitior) .....	447
Artigo 244-B .....	448
Denominação.....	449
Objetividade jurídica.....	449
Sujeito ativo .....	449
Sujeito passivo.....	449
Tipo objetivo.....	449
JURISPRUDÊNCIA .....	450
Corrupção de menores – não caracterização.....	450
JURISPRUDÊNCIA .....	452
Corrupção de menores – caracterização .....	452
Tipo subjetivo.....	453
Pena.....	453
JURISPRUDÊNCIA .....	453
Corrupção de menores – desnecessidade de prova da corrupção – crime formal .....	453
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	456

## PREFÁCIO

Dentre as funções institucionais do Ministério Público o cuidado com a infância e juventude é das mais delicadas, exigindo do Promotor de Justiça grande sensibilidade para lidar no dia a dia, em meio a tantas outras tarefas afetas ao seu cargo, de um lado com a gravidade da questão da criança e do adolescente em conflito com a lei, de outro com a falta de políticas públicas adequadas e eficientes. Entre uma e outra incomensuráveis infrações administrativas contra o direito das crianças e adolescentes e, ainda mais grave, as sequelas nefastas dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes.

O Ministério Público do Estado de São Paulo tem uma longa e profícua história na lida dessas questões; gerações e gerações de promotores e procuradores de justiça especialistas nessa área de atuação deixaram legado de sabedoria e devoção à causa que não pode ser esquecido.

É com esse objetivo que a Procuradoria Geral de Justiça, através do Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva, área da infância e juventude, cuidou da elaboração do presente Manual Prático das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude.

A tarefa coube aos brilhantes Promotores de Justiça, Lélío Ferraz de Siqueira Neto, Fernando Henrique de Moraes Araújo, André Pascoal da Silva e Eduardo Michelan Campana que, neste volume, com sólidas referências doutrinárias e apoio em atualizada jurisprudência, abordam os temas ligados à atuação repressiva da área de infância e juventude: o ato infracional praticado pelo adolescente em conflito com a lei, as variadas infrações administrativas e os crimes contemplados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No presente Manual de Atuação Prática estão reunidas orientações práticas, técnicas e jurídicas que são passadas pela área de infância e juventude do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis e de Tutela Coletivas nas consultas formuladas pelos órgãos de execução, tendo como fio condutor aquele legado de sabedoria e devoção à causa da infância e juventude, para fazer frente aos seus constantes novos desafios.

Esperamos que a presente obra seja de grande valia para aqueles que lidam com a matéria em sua rotina diária de trabalho, e alcance o objetivo de facilitar – ou pelo menos tornar menos difícil – a delicada tarefa da defesa dos direitos da infância e juventude.

São Paulo, fevereiro de 2012.

FERNANDO GRELLA VIEIRA  
Procurador Geral de Justiça

**– ATO INFRACIONAL –**

**ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

## **Capítulo 1 – O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI - CONSIDERAÇÕES GERAIS**

### **1 – Introdução**

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.<sup>1</sup>

A avaliação dos casos envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei parte do pressuposto do cometimento de um ato infracional, ou seja, de conduta equiparada a crime ou contravenção penal.

Cada caso concreto terá tratamento jurídico diverso, de acordo com a idade do infrator, as conseqüências e circunstâncias do fato cometido.

Importante ainda considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera crianças e adolescentes pessoas em desenvolvimento<sup>2</sup>, o que justifica a responsabilização do infrator, visando a recomposição da paz social rompida com o comportamento ilícito, mas não com foco no sentido aflitivo da medida, e sim na socioeducação do autor do ato infracional, seja por concessão de um perdão (remissão) ou mediante a imposição de medidas socioeducativas e/ou protetivas, tudo em respeito aos princípios da proteção integral e prioridade absoluta.

As medidas eventualmente tomadas em relação à prática do ato infracional, então, devem ter potencial de coercibilidade, mas “suas finalidades ultrapassam a prevenção especial e geral e alcançam o ser humano em desenvolvimento, de sorte que

---

1 Conforme prevê o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90): Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

2 Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

indicam uma interferência no processo de aquisição de valores e definição de comportamentos por meio da educação, ou mesmo do tratamento”<sup>3</sup>.

### 1.1 – O devido processo legal

A avaliação das circunstâncias que envolvam a prática de ato infracional, especialmente quando se avalie a questão da imposição das medidas socioeducativas deve ser norteada sempre por aquelas que permitam o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (artigo 100 do Estatuto e 35, IX da Lei Federal n. 12.594/12 que institui o SINASE e que será adiante analisada), observando-se a capacidade de cumprimento da medida pelo autor e suas necessidades pedagógicas.

A garantia do direito do adolescente em conflito com a lei deve ser fundamentada numa “concepção indicativa do conjunto de garantias materiais e processuais que limitem a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo e que projetem uma intervenção estatal estritamente regradada”<sup>4</sup>.

O procedimento e o processo destinados à apuração de ato infracional e aplicação de medida socioeducativa exigem o respeito a todas as garantias materiais e processuais<sup>5</sup> do adolescente, a fim de evitar quaisquer formas de abuso ou arbitrariedade contra os adolescentes.

---

3 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. in *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. Ilanud, ABMP, SEDH e UNFPA, 2006, p. 34. Nesse sentido, ainda refere o autor que a escolha da medida socioeducativa “é aquela cuja instrumentalidade resulta evidenciada pela simbiose entre seus elementos finalísticos, ou seja, entre o interesse juridicamente protegido de defesa da sociedade de atos infracionais e o não menos subordinante interesse de interferência no desenvolvimento do adolescente, por meio de ações pedagógicas, de sorte a dota-lo dos recursos necessários ao enfrentamento dos desafios da sobrevivência na vida em sociedade”, p. 40.

4 PAULA, Paulo Afonso Garrido, *Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização*, in *Justiça, Adolescentes e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*, ABMP, SEDH, UNFPA e ILANUD, 2006, p. 35.

5 Quanto às garantias, Murillo José Digiácomo destaca: 1)\_o devido processo legal (art. 110 do ECA e art. 5º, inc. LIV da CF), que gera como consequência a privação de liberdade somente em flagrante de ato infracional (art. 106 do ECA, 302 do CPP) ; cientificação de seus direitos (art. 106, § único do ECA), com a comunicação imediata ao juiz e sua família; ser imediatamente colocado em liberdade, após formalização da apreensão, exceto em caso de ato infracional com violência ou grave ameaça; de ser transferido para local apropriado em cinco dias ; 2)\_ direito ao contraditório e ampla defesa, gerando: conhecimento da acusação, igualdade na relação processual, defesa técnica, assistência judiciária; ser ouvido pessoalmente, solicitar presença dos pais (inclusive pode ser causa de nulidade); 3)\_ efetiva e integral comprovação do fato e sua autoria para imposição de medida socioeducativa; 4)\_ direito à individualização da medida, fundamentada na capacidade de cumprimento; circunstâncias da infração;

Nesse sentido, são garantias dos autores de atos infracionais, por exemplo, o respeito a princípios como o da tipicidade (art. 103 do ECA), o de ser ouvido pela autoridade competente (art. 141 “caput” do ECA e art. 5º, inc. XXXV da CF), bem como a ter nomeado para sua defesa um advogado, à gratuidade judiciária (art. 141, §§ 1º e 2º do ECA), ao devido processo legal, além de outros<sup>6</sup>.

## 1.2 – Finalidade do processo socioeducativo

A finalidade do processo socioeducativo é, como a própria terminologia indica, pedagógicoeducativa, visando não somente a prevenção, mas também a efetivação da justiça<sup>7</sup>, fundamentada na condição de cada autor de ato ilícito cometido.

O objetivo do processo socioeducativo diz respeito à identificação da situação que levou o adolescente à prática infracional, para acompanhamento oportuno e não, apenas, a busca da punição.

Seja pela concessão de remissão, aplicação de medidas protetivas, ou mesmo socioeducativas, inclusive as privativas de liberdade, o objetivo final não é a punição, mas sim a socieducação, com o acompanhamento adequado e eventual inserção em programas de orientação, apoio e mesmo tratamentos necessários, para atingir as necessidades pedagógicas identificadas como necessárias<sup>8</sup>.

---

gravidade da infração; preferência pela aplicação das medidas em meio aberto; ser avaliado por equipe interprofissional habilitada; respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento. Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional – *O Procedimento para Apuração de Ato Infracional à Luz do Direito da Criança e do Adolescente*, Justiça, Adolescentes e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização, ABMP, SEDH, UNFPA e ILANUD, 2006, p. 214-222.

6 Saraiva, João Batista da Costa. Nesse aspecto, avaliando de forma mais específica tal tema, faz uma série de esclarecimentos quanto ao que impõe se observe em relação aos direitos dos adolescentes no procedimento de apuração na vara da infância e juventude, devendo ser assegurado: a)\_ o direito à citação válida, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; b)\_ o direito de arrolar testemunhas, a fim de incrementar sua defesa de forma a elucidar a verdade real; c)\_ o direito ao contraditório (direito de igualdade com a acusação), para que possa se defender dos fatos alegados, princípio este ignorado sob a égide do antigo sistema de Código de Menores; d)\_ o direito de não ser processado por lei *ex post facto*, tendo em vista a estrita legalidade penal; e)\_ o direito de ser julgado por um juiz natural, baseado em provas e evidências legalmente obtidas; f)\_ o privilégio contra a auto-incriminação; g)\_ o direito aos recursos e à decisão com eficácia de coisa julgada. Op. cit., pag. 107.

7 Conforme Eberhard Schmidt, *apud* Wilson Donizeti Liberati, Execução de medida socioeducativa em meio aberto, Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida, *in* Justiça, Adolescentes e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização, ABMP, SEDH, UNFPA e ILANUD, 2006, p. 370.

8 DIGIÁCOMO, Murillo José, op. Cit. p. 212.

Pela sistemática do Estatuto, não vigora o princípio da obrigatoriedade quanto à imposição de medida socioeducativa.

A medida eventualmente imposta, avaliada adequadamente, é somente um dos meios de que o Estatuto da Criança e do Adolescente disponibiliza para o cumprimento de seu dever de proporcionar a proteção integral.

É essencial, portanto, que a avaliação para imposição de uma medida socioeducativa seja realizada de forma “criteriosa e responsável”, tanto no processo de conhecimento quanto na fase de execução, exigindo um acompanhamento acurado.

Quando a medida se mostre inadequada ao que foi apurado em relação às condições do adolescente e circunstâncias do caso concreto, ou mesmo desnecessária<sup>9</sup>, impõe-se seja substituída ou mesmo extinta, como adiante se verificará.

De acordo com o disposto no artigo 1º, § 2º da Lei Federal n. 12.594/12 (Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional) os objetivos das medidas socioeducativas foram agora expressamente definidos pelo legislador:

*§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto/ da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:*

*I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;*

*II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e*

*III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.*

### **1.3 – Aspectos práticos de atenção – buscando eficiência no processo socioeducativo**

---

<sup>9</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José, op. cit. p. 213.



O operador do direito deve observar os princípios e garantias acima destacados quando da apuração de um ato infracional, isso porque o interesse que está em jogo passa tanto pelo respeito aos direitos do adolescente, sua consideração como sujeito em desenvolvimento e a adequada e eficiente imposição das medidas socioeducativas, quando necessárias.

A fim de evitar situações que possam levar a uma excessiva ou desqualificada utilização de medidas ou sua aplicação de forma inadequada, desnecessária ou tardia, podem ser destacados alguns aspectos de cunho prático que merecem atenção<sup>10</sup>:

- remissão indevida por falta de programas em meio aberto;
- internação indevida por falta de programas em meio aberto qualificados – o que está expressamente previsto na Lei Federal n. 12.594/12 em seu artigo 49, § 2º:

A oferta irregular de programas de atendimento socioeducativo em meio aberto não poderá ser invocada como motivo para aplicação ou manutenção de medida de privação da liberdade.

- semiliberdade indevida por falta de programas em meio aberto;
- imposição de medidas socioeducativas por falta de medidas adequadas de proteção;
- internação curta que pode indicar desnecessidade ou desinternação precipitada;
- demora entre BO e chegada à VIJ pode prejudicar o sentido na aplicação da medida.
- pauta excessiva da Vara da Infância pode prejudicar todo o processo socioeducativo;
- demora entre instrução e sentença pode perder o sentido da aplicação da medida;

---

<sup>10</sup> Aspectos destacados pelo CAO da Infância e Juventude, durante o planejamento estratégico entre os anos de 2005 e 2007.

- longo tempo decorrido entre o ato cometido e a imposição e/ou o cumprimento da medida pode tornar inócuo o sentido socioeducativo da medida;
- falta de estrutura para lidar com casos de pequena gravidade pode levar à excessiva criminalização das condutas ou inadequada imposição de medidas socioeducativas;

Tais situações, absolutamente comuns e cotidianas em diversas Delegacias de Polícia, Promotorias de Justiça e Varas da Infância e Juventude do país, dificultam sobremaneira a qualidade na apuração do ato infracional e, portanto, na imposição e cumprimento das respectivas medidas, inclusive as de proteção, que podem ser tardias, ineficientes ou mesmo aplicadas de forma equivocada por falta de estrutura, falta de programas, violando não somente a lei, mas especialmente os direitos dos envolvidos.

## **2 – Ato infracional cometido por criança.**

A criança que cometer ato infracional deve ser encaminhada à autoridade policial, que deverá lavrar um boletim de ocorrência circunstanciado e encaminhar o caso ao Conselho Tutelar que será o órgão responsável pela aplicação das medidas cabíveis ao caso, que somente poderão ser de natureza protetiva<sup>11</sup>.

Não cabe ao Conselho Tutelar investigar os atos infracionais praticados por crianças, mas apenas a aplicação de medidas protetivas necessárias ou adequadas ao caso<sup>12</sup>.

Em relação às crianças que praticam ato infracional, o legislador observou a premissa da irresponsabilidade<sup>13</sup>, uma vez que a aplicação da medida de proteção leva mais em consideração as necessidades pessoais e sociais.

Assim, a escolha da medida que venha a ser aplicada ao infante, a critério do Conselho Tutelar no âmbito de suas atribuições, deve seguir esses parâmetros, mas

---

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

<sup>12</sup>DIGIÁCOMO, Murillo José: “Criança acusada da prática de ato infracional: como proceder”. Disponível em : [www.mp.pr.gov.br](http://www.mp.pr.gov.br)

<sup>13</sup> DEZEM, Guilherme Madeira, *et al, in*, Estatuto da Criança e do Adolescente, coleção elementos de direito, vol. 14, RT, 1ª edição, 2009, p.71.

essencialmente se socorrer dos serviços públicos de suporte para sua adequada aplicação.

Importante ressaltar que sempre que com a criança forem encontrados objetos de interesse ou relacionados ao ato ilícito cometido, deve ser formalizada a apreensão pela Autoridade Policial e não pelo Conselho Tutelar, Promotoria de Justiça ou Vara da Infância e Juventude.

Quanto houver suspeitas de que o ato infracional tenha sido cometido com a participação e/ou conluio com maiores imputáveis, deve ser investigada sua participação pela Polícia. Assim, caso necessário, a criança poderá ser ouvida pela Autoridade Policial, com a observância das cautelas relativas ao respeito à idade e com presença dos pais ou responsável.<sup>14</sup>

### **3 – Ato infracional cometido por adolescente**

Quando o ato infracional for praticado por adolescente, a Autoridade Policial deverá proceder à sua apreensão em flagrante ou lavrar um boletim de ocorrência circunstanciado, levando-se em conta o lapso decorrido entre a ocorrência do ato ilícito cometido e comunicação à Autoridade Policial, bem como observada a gravidade ou não do ato infracional.

Caso o ato infracional tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça, a Autoridade Policial lavrará um *auto de apreensão* do adolescente (que a tudo deve se assemelhar ao auto de prisão em flagrante de delito de maior imputável) e encaminhará tal peça ao Promotor de Justiça da Infância e Juventude, no prazo de 24 horas<sup>15</sup>.

Em se tratando de ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça, desde logo deverá ser elaborado um boletim de ocorrência circunstanciado, liberando-se

---

<sup>14</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, op. cit. , p. 238.

<sup>15</sup> Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 1º Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas

o adolescente aos seus responsáveis, sob o compromisso de comparecimento para oitiva informal, perante o Promotor de Justiça da Infância e Juventude.<sup>16</sup>

## **Capítulo 2 – APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL – ASPECTOS GERAIS**

### **1 – Considerações Gerais**

A prática de ato infracional (crime ou contravenção penal)<sup>17</sup> por criança ou adolescente enseja a instauração de um procedimento para a análise da situação fáticojurídica, com a finalidade de se determinar a necessidade ou não, da aplicação de medidas protetivas e/ou socioeducativas (estas cabíveis apenas a adolescentes) específicas e adequadas ao caso.

Note-se que há que se distinguir, nesse ponto, duas situações distintas:

1) à criança que comete ato infracional poderão ser aplicadas medidas protetivas em procedimento administrativo de atribuição do Conselho Tutelar, conforme art. 105 do Estatuto<sup>18</sup>;

2) ao adolescente que comete ato infracional poderá ser concedida remissão e/ou poderão ser aplicadas medidas protetivas isolada ou cumulativamente com medidas socioeducativas, nos termos do procedimento previsto nos artigos 184 a 190 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### **2 – Das garantias**

---

<sup>16</sup> Vide Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

<sup>17</sup> Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

<sup>18</sup> Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

As *garantias processuais* dos adolescentes em conflito com a lei estão previstas nos artigos 110 e 111 do Estatuto<sup>19</sup>, em especial, o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Como *garantias individuais*<sup>20</sup>, podemos citar a vedação geral à identificação do adolescente civilmente identificado<sup>21</sup> e a impossibilidade de ser conduzido em compartimento fechado de viaturas policiais<sup>22</sup>, o que pode caracterizar o cometimento do crime previsto no artigo 232 do Estatuto<sup>23</sup>.

Considerando que o Estatuto é lei ordinária especial que regulamentou de forma detalhada o procedimento de apuração e todo o processo de conhecimento, aplicam-se apenas subsidiariamente as normas do Código de Processo Penal, notadamente em relação a eventuais lacunas verificadas.<sup>24</sup>

A Lei Federal n. 12.594/12 (Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas

19Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

20Capítulo II

Dos Direitos Individuais

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.

Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.

Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinentemente comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

21 Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

22Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade.

23 Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

24 Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

destinadas a adolescente que pratique ato infracional) definiu, com detalhamento, os direitos dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

Dispõe o artigo 49 de referida lei que:

*São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:*

*I - ser acompanhado por seus pais ou responsável e por seu defensor, em qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial;*

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

*III - ser respeitado em sua personalidade, intimidade, liberdade de pensamento e religião e em todos os direitos não expressamente limitados na sentença;*

*IV - peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias;*

*V - ser informado, inclusive por escrito, das normas de organização e funcionamento do programa de atendimento e também das previsões de natureza disciplinar;*

*VI - receber, sempre que solicitar, informações sobre a evolução de seu plano individual, participando, obrigatoriamente, de sua elaboração e, se for o caso, reavaliação;*

*VII - receber assistência integral à sua saúde, conforme o disposto no art. 60 desta Lei;*  
*e*

*VIII - ter atendimento garantido em creche e pré-escola aos filhos de 0 (zero) a 5 (cinco) anos.*

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Garantia - isonomia e contraditório**

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. INDEFERIMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL PELO*

*MUNISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DOS POSTULADOS DA ISONOMIA PROCESSUAL E DO CONTRADITÓRIO.*

*O indeferimento da prova testemunhal pretendida pelo Ministério Público na representação que apura a participação de adolescente em ato infracional implica em violação aos postulados do contraditório e da isonomia processual, causando prejuízo à atividade ministerial na apuração de ato infracional. Prova emprestada que diz respeito a processo crime em que respondem co-réus imputáveis pela prática do mesmo fato, podendo ser utilizada desde que sem prejuízo ao exercício de provas no processo de apuração de ato infracional. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (TJRS. A.I. n° 70032810640, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. J. em 20/10/2009).*

### **3 – Processo e competência**

A apuração do ato infracional cometido passa por duas fases distintas: uma *pré-processual* que pode se exaurir por si só, ou dar ensejo à segunda fase, a *processual*, justamente aquela cujo processo poderá conduzir à concessão de remissão, aplicação de medida protetiva cumulada ou não com uma medida socioeducativa.

Quando da instauração dos procedimentos pertinentes, há que se considerar a idade do agente na ocasião da prática da conduta<sup>25</sup> (teoria da ação), sendo *competente* o juiz do lugar da ação ou da omissão<sup>26</sup> (teoria da atividade).

Também deve ser destacada a recente regulamentação da fase de execução das medidas socioeducativas, conforme previsto nos artigos 36 a 59 da Lei Federal n. 12.594/12 (Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional), que será analisada com mais vagar ao fim deste texto.

---

25 Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

26 Art. 147. A competência será determinada:

(...)

§ 1º. Nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.

## JURISPRUDÊNCIA

### Conflito de competência

*EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. MOEDA FALSA. ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. ART. 109, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*1. Ainda que a conduta praticada determine a competência da justiça federal, por caracterizar ofensa aos interesses da União, sendo o autor dos fatos inimputável não há que se falar em crime, mas, sim, ato infracional, afastando a aplicação do art. 109, IV da Constituição Federal.*

*2. Conflito conhecido para fixar a competência do Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Imperatriz/MA.*

*(REsp. 86.408 – MA; Ministra Maria Thereza de Assis Moura; Terceira Seção; Julgado em 22/08/07).*

*EMENTA: CONFLITO NEGATIVO JURISDIÇÃO – CONEXÃO – ATO INFRACIONAL – PENA COMINADA AO CRIME MAIS GRAVE – COMPETÊNCIA. Na determinação da competência para julgar atos infracionais conexos, prepondera a regra do lugar da infração à qual é cominada a pena mais grave. Deram pela competência do Juiz Suscitante. (TJMG, CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO No 1.0000.04.406450-9/000, Relatora: Des. Jane Silva, Julgado em 14/02/08).*

**TJSP - Conflito de Competência: CC 1667380000 SP**

*Processo: CC 1667380000 SP*

*Relator(a): Moreira de Carvalho*

*Julgamento: 17/11/2008*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 17/12/2008*

**Ementa:** "CONFLITO COMPETÊNCIA - Ato infracional - Competência determinada pelo local da ação ou omissão - Mudança do adolescente para outra cidade - Irrelevância - Aplicação do art. 147, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Conflito procedente para declarar competente o juízo suscitado, ou seja, a Vara da Infância e Juventude de Gália."



#### 4 – Uso de algemas

Outra questão enfrentada na prática, diz respeito à *utilização de algemas* em adolescentes apreendidos pela prática de ato infracional.

O entendimento que tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que nos casos excepcionais, nos exatos termos da Súmula Vinculante nº 11, do Supremo Tribunal Federal<sup>27</sup>, faz-se possível o uso de algemas.

O uso de algemas pode ser necessário em situações verificadas no cotidiano policial ou forense, podendo ser citados alguns exemplos:

- a) se o adolescente praticar atos de resistência à apreensão em flagrante (tentativa de ou agressão aos agentes da lei);
- b) se alegar que irá fugir; se efetivamente praticar atos de tentativa de fuga da polícia antes de ser, ou quando já apreendido;
- c) se ameaçar ou demonstrar qualquer atitude violenta que possa colocar em risco a sua e a integridade física e a vida dos agentes que o estão acompanhando nos atos pré ou processuais nos quais tenha de sair da unidade em que esteja internado, provisória ou definitivamente.
- d) se estiver ou aparentar estar sob efeito de álcool e outras drogas, demonstrando não responder aos comandos dos agentes da lei;

Em relação à possibilidade do uso de algemas, Saraiva (2010) afirma que:

*A toda evidência, há situações onde se faz imperioso o uso de algemas, na contenção do adolescente, muitas vezes violento e agressivo, muitas vezes sob efeito de substâncias psicoativas no momento de sua apreensão. Dessa forma, possível o uso de algemas, porém sempre em caráter excepcional, no interesse do resguardo da integridade física do próprio adolescente, de terceiros ou dos agentes encarregados de sua custódia, desde que isso seja devidamente motivado.*<sup>28</sup>

---

27 STF Súmula Vinculante nº 11 - Sessão Plenária de 13/08/2008 - DJe nº 157/2008, p. 1, em 22/8/2008 - DO de 22/8/2008, p. 1 Uso de Algemas - Restrições - Responsabilidades do Agente e do Estado – Nulidades. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

28 SARAIVA, João Batista da Costa, “Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional”, LAEL Editora, Porto Alegre, 2010, 4ª edição, p. 224-225.

## JURISPRUDÊNCIA

### Uso de algema

*“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRELIMINAR. USO DE ALGEMAS. NECESSIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INAPLICABILIDADE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. NECESSIDADE.*

*1. Não é nulo o ato processual realizado com a presença de menor algemado, quando a necessidade da utilização deste instrumento é devidamente fundamentada em algumas das hipóteses descritas no enunciado nº 11, DA SÚMULA VINCULANTE, DO STF.*

*2. Não se aplica o princípio da identidade física do juiz aos processos da vara da infância e da juventude, que possuem procedimento próprio.*

*3. Reconhecida a prática de ato infracional, o magistrado não pode se furtar à aplicação de medida socioeducativa, devendo escolher, dentre as enumeradas no art. 112, do ECA, aquela que reputar mais adequada à condição do adolescente.*

*4. Configurada a prática de ato infracional análogo ao crime definido no art. 157, § 3º, segunda parte, do CP, em que se evidencia extremada violência contra pessoa, restam preenchidos os requisitos do art. 122, da lei 8.069/90. Ademais, considerando as condições pessoais do menor, revela-se adequada ao caso a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, porquanto inadmissível negar que a imposição de medida mais branda viria, ao reverso do que se deve objetivar, a prejudicar a adequada reeducação do adolescente, haja vista criar equivocadamente a idéia de impunidade.*

*5. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO IMPROVIDO” (TJDFT, Processo: 117106720088070001 DF 0011710-67.2008.807.0001; Relator(a): ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS; Julgamento: 28/01/2010; Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal; Publicação: 26/03/2010, DJ-e Pág. 216.*

*Habeas Corpus – Ato infracional correspondente ao crime de roubo – Uso de algemas em audiência na Vara da Infância e Juventude – Não cabimento do Habeas Corpus.*

*1 – A realização de audiência com o paciente algemado não gera ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção.*

2 – *A declaração de nulidade da audiência, por suposto abuso na utilização de algemas, não afeta o direito de ir e vir do paciente, o qual está internado provisoriamente por outros fundamentos.*

3 – *Habeas Corpus indeferido liminarmente. (20080020153518HBC DF, Registro do Acórdão Número: 329665 Data de Julgamento: 23/10/2008 Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal Relator : SÉRGIO ROCHA DJe nº 14/2009, de 21/01/2009, p. 87/88)*

### **Capítulo 3 – FASE PRÉ-PROCESSUAL – APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA**

O Estatuto da Criança e do Adolescente preocupou-se em proteger a integridade e a liberdade do adolescente que pratica ato infracional. Assim, avulta de importância a questão atinente à natureza do ato infracional para a tomada da postura adequada por parte da Autoridade Policial, a qual deve proceder, inclusive sob pena de responsabilidade penal, à imediata liberação do adolescente caso o ato infracional seja cometido sem violência ou grave ameaça<sup>29</sup>.

De qualquer forma, quando de sua apreensão, seus familiares devem ser imediatamente comunicados, ou seja, “no exato momento do ingresso do adolescente na repartição policial, devendo ser aqueles convocados a comparecer perante a Autoridade Policial”<sup>30</sup>.

#### **1 – Do boletim de ocorrência circunstanciado**

A partir da avaliação dos direitos individuais dos adolescentes em conflito com a lei (arts. 106 a 109 do Estatuto), pode-se aferir que o adolescente, na hipótese de cometimento de ato infracional sem violência ou grave ameaça à pessoa, deve ser

---

29 Artigo 107 – A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

Artigo 234 – Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão.

30 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, op. cit. p. 239.

imediatamente encaminhado para o seu responsável, lavrando-se boletim de ocorrência circunstanciado acerca dos fatos, a teor do que dispõem o §único do artigo 173 e o artigo 174 da lei especial.

Na prática, usualmente são confeccionados boletins de ocorrência com elementos mínimos de *investigação*. Nessas hipóteses, há posturas isoladas da Polícia Judiciária no sentido de que o Promotor de Justiça deverá, por sua conta, empreender a necessária produção de prova. No entanto, a investigação é, em tese e inicialmente, de atribuição da polícia judiciária, especialmente de provas de natureza técnica – como a pericial.

Dá por que o artigo 177 do Estatuto é claro no sentido de que será encaminhado ao Ministério Público o *relatório de investigações e demais documentos*<sup>31</sup>.

Portanto, a “autoridade policial tem o dever legal de efetuar a competente investigação e apresentar suas conclusões ao representante do MP”<sup>32</sup>.

A ausência da devida investigação por parte da polícia judiciária compromete sobremaneira o deslinde dos casos de atos infracionais cometidos sem violência ou grave ameaça, impedindo, em algumas vezes, seja aplicada a medida mais adequada ao caso.

Nesses casos, antes de se proceder à oitiva informal do adolescente, conveniente se faz o *requerimento ao Juiz da Vara da Infância, de toda prova* de cunho técnico, necessária ao embasamento da materialidade e extensão dos danos causados pela prática do ato infracional – quando o caso – para a devida efetivação dos princípios preconizados pelo Estatuto, no que concerne à reeducação e ressocialização.

Se a comprovação material do ato infracional mostrar-se impossível, o arquivamento dos autos será medida processual cabível. É possível citar alguns exemplos de atos infracionais que deixam vestígios e exigem a comprovação material: pichação, dano, uso de drogas, porte de arma de fogo, entre outros.

Portanto, o Promotor de Justiça deve fiscalizar, de maneira efetiva, para que o boletim de ocorrência circunstanciado seja elaborado com a descrição de todos os elementos importantes, que possibilitem a devida elucidação do fato apurado. Somente

---

31 Art. 177. Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público relatório das investigações e demais documentos.

32 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, op. cit. p. 241.

com a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade é que poderá ser deflagrada a ação socioeducativa.

## **2 – Da oitiva informal**

### **2.1 – A natureza e importância da oitiva informal**

A oitiva informal se caracteriza como um ato administrativo, não jurisdicionalizado, presidido pelo Promotor de Justiça e deste privativo.

Muito embora possa parecer um “segundo interrogatório”, a finalidade da oitiva informal é diversa daquela referente ao interrogatório realizado pela Autoridade Policial com o adolescente autor de ato infracional.

Na fase policial o adolescente é ouvido pela Autoridade Policial para que esta forme sua convicção a respeito de ser aquele o autor ou não do ato infracional que lhe é imputado. Significa dizer: se a Autoridade Policial não verificar elementos mínimos que comprovem a autoria ou a participação do adolescente no ato infracional apurado, não poderá, por exemplo, proceder à apreensão em flagrante do imputado.

Já a oitiva informal realizada pelo Promotor de Justiça com o adolescente, seus familiares e/ou responsáveis tem a finalidade de permitir ao membro do Ministério Público formar sua convicção sobre todos os fatos e provas até então produzidos na fase policial, mas com a finalidade de verificar:

- a) se o adolescente era, ao tempo do fato imputado, capaz de entender o caráter ilícito do ato ou se será necessária avaliação médica sobre tal ponto;
- b) se será possível a concessão do perdão (remissão);
- c) se será necessária a imposição de alguma medida protetiva;
- d) se será cabível a remissão pré-processual, mas cumulada com alguma medida socioeducativa;
- e) se será necessário o oferecimento de representação;
- f) se o adolescente ou algum familiar/responsável teve algum direito violado na fase policial (se sofreram, por exemplo, algum tipo de abuso, tortura ou ameaça na fase policial).

Somente mediante o contato com o adolescente é que o Promotor de Justiça poderá conhecer sua realidade social. Ao realizar a oitiva informal o Promotor de Justiça da Infância e Juventude poderá também analisar a necessidade ou não de oitiva de alguma vítima ou de testemunhas porventura não ouvidas ou até mesmo acareações, caso tais diligências sejam necessárias para o esclarecimento preciso acerca da dinâmica do ato infracional em análise.

Conquanto tenha caráter informal, constitui uma importante fase que, associada à prática e à sensibilidade do Promotor de Justiça, poderá determinar o início ou a própria exclusão do processo socioeducativo.

Importante nesse momento ressaltar que a informalidade não pode ser confundida com qualquer outra prática que possa violar ou desrespeitar a pessoa do adolescente ou de qualquer de seus familiares.

Como fiscal da lei o Promotor de Justiça deve zelar para que nenhum direito ou garantia do adolescente em conflito com a lei tenha sido violado na fase policial.

Em assim sendo seria ilógico – além de ilegal é claro – que viesse a fazê-lo durante a oitiva, valendo-se da informalidade que a lei lhe concede.

Obviamente que a informalidade permite que o vocabulário utilizado com o adolescente seja coloquial e o mais simples e direto possível, permitindo que o investigado efetivamente compreenda os fatos que lhe são imputados e as conseqüências jurídicas que advirão em razão de sua participação ou não, conforme a convicção do Promotor de Justiça.

Afinal, sabido que muitos adolescentes – quando não a maioria – são analfabetos ou têm pouca instrução, além de serem pessoas ainda em desenvolvimento, de modo que torna-se despropositado utilizar linguajar rebuscado, posto que dificilmente será compreendido, fazendo com que se perca em sentido e eficiência a oitiva informal. Se possível, devem ter espaço para acomodação adequada, garantindo-se a oportunidade de fala e manifestação respeitosa, seja do adolescente ou de seus familiares.

Dessa forma, são inadmissíveis e inaceitáveis quaisquer atos de desrespeito ou atentatórios à dignidade do adolescente ao qual se imputa um ato infracional ou mesmo a qualquer de seus familiares ou responsáveis legais presentes ao ato.

A inobservância pelo Promotor de Justiça de tais regras básicas de postura e comportamento poderá, inclusive, ensejar sua responsabilização penal, civil e administrativa do membro do Ministério Público que tem por dever legal justamente zelar pelo respeito a esses direitos.

Especialmente nas hipóteses em que o ato infracional seja cometido em coautoria com maiores imputáveis, é imprescindível que as declarações do adolescente a respeito do ocorrido sejam reduzidas a termo de forma completa, assinadas por ele, seu responsável e testemunhas, podendo ser encaminhadas procedimento de investigação ou processo criminal do adulto.

O termo de oitiva informal não deve ser restrito a esclarecer, de forma genérica e lacônica se “o adolescente confirma ou não os atos que lhe são imputados no boletim de ocorrência”. A narrativa do adolescente deve ser integralmente reduzida a termo.

Também devem ser ouvidos os responsáveis, a fim de que possam prestar informações sobre o contexto familiar e social, bem como as impressões em relação ao adolescente (art. 179, “caput”, in fine), essenciais para a formação de convicção do Promotor de Justiça.

A oitiva do pai e também da mãe do adolescente quando ambos estiverem presentes na Promotoria de Justiça – e não de apenas um dos representantes – é importante, pois permite que seja conferida ao caso a visão mais ampla possível em relação à conduta, comportamento e vida familiar e social do autor do ato infracional.

O outro lado da moeda também deve ser destacado: é importante que o Promotor de Justiça sempre realize a oitiva informal com a presença de algum servidor ou testemunha estranha ao quadro familiar do adolescente, evitando que o imputado ou seus familiares possam levantar, na fase processual, alguma inverdade ou imputar alguma arbitrariedade ao Promotor de Justiça, sem que tenham ocorrido.

Dada sua natureza de ato unilateralmente produzido pelo Ministério Público, ainda que exista eventual confissão do adolescente autor do ato infracional, precisará ser ratificada em juízo.

Daí a importância de testemunhas que presenciem o ato, evitando-se que na fase processual o adolescente alegue não ter dito nada do que foi levado a termo pelo Promotor de Justiça.

Sugere-se, assim, que a oitiva informal seja tomada a partir dos elementos acima destacados, a fim de que seja objetiva e eficiente de forma que adolescente e familiares sejam tratados com urbanidade e respeito, em ambiente em que se respeitem seus direitos, inclusive de serem acolhidos na forma do trato pessoal.

## **2.2 – A notificação para oitiva informal**

Um primeiro ponto a ser abordado, refere-se especialmente à *notificação* para a realização de tal ato, especialmente quando o adolescente é imediatamente liberado pela Autoridade Policial, com a devida entrega ao seu responsável com o compromisso de comparecimento, no primeiro dia útil, perante o órgão de execução do Ministério Público.

Seja pela apresentação espontânea do adolescente com seu responsável à Promotoria de Justiça, seja pela remessa do boletim de ocorrência circunstanciado ao Ministério Público, deve ser agendada data apropriada para que o adolescente e responsável se apresentem perante o Promotor da Infância e Juventude para a realização da oitiva informal.

Sugere-se que o Promotor de Justiça já planeje datas com a Autoridade Policial, estabelecendo uma agenda ou pauta de oitivas, permitindo que o adolescente e seu responsável já saiam do Distrito Policial notificados da data de comparecimento à Promotoria de Justiça para que se proceda à oitiva informal.

Tal medida prática evita gastos e perda de tempo para que se notifique – pela estrutura da Promotoria de Justiça – o adolescente para comparecimento na sede do Ministério Público.

Em sendo o Ministério Público o titular exclusivo da presidência do ato administrativo e conforme a própria previsão legal do parágrafo único do artigo 179 do Estatuto, compete ao Promotor de Justiça determinar a realização da notificação, cabendo ao quadro de servidores da instituição ministerial cumpri-la. Há, obviamente, a possibilidade de concurso policial para a condução coercitiva dos adolescentes recalcitrantes, havendo jurisprudência favorável nesse sentido.



## JURISPRUDÊNCIA

### Notificação pelo Ministério Público

*TJ/SP Câmara Especial*

*Voto nº 20.154 (nº 14.124/TJ) – nº 1.387/00*

*Agravo de Instrumento nº 75.300.0/3*

*Agravante: Ministério Público*

*Agravado: A.J.M. e outros*

*Juízo de origem: Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Sumaré/SP*

*Data de julgamento: 28/12/00.*

*Relator: Des. Álvaro Lazzarini*

*Agravo de instrumento – ECA – Recurso manifestado por Promotor de Justiça da decisão que indeferiu pedido de notificação do infrator e seus responsáveis visando sua apresentação para a oitiva informal do art. 179 do ECA. – Recurso improvido*

*TJ/SP – Câmara Especial*

*Agravo de Instrumento n. 171.144.0-0/00*

*Data de julgamento: 06/04/09*

*Relatora: Des. Maria Olivia Alves*

*Agravo de instrumento – Procedimento para apuração de ato infracional – Oitiva informal – Indeferimento de pedido de notificação judicial, com concurso policial, do adolescente – Decisão que deve ser mantida – Aplicação do art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Previsão de notificação como poder-dever do Ministério Público – Ausência de recursos materiais que não justifica a transferência da diligência ao Poder Judiciário – Reconhecimento pelo Ministério Público da referida atribuição pelos Atos Normativos PGJ n. 1/93 e 168/98 (art. 306, inc. III) – Não provimento do agravo.*

*STJ*

*EMENTA: CRIMINAL. RESP. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. CARÁTER ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DO MENOR. INCUMBÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 179 DO ECA. RECURSO DESPROVIDO.*

*I. Nos processos relativos a menor infrator, é a representação – tal qual a denúncia, nos processos relativos a maiores de idade – a peça que inaugura a fase judicial.*

II. O procedimento de apuração de ato infracional praticado por adolescente possui caráter administrativo, eis que precede eventual oferecimento de representação.

III. A notificação para comparecimento de menor e seus representantes a audiência de oitiva perante o Parquet, é providência que incumbe ao órgão Ministerial, ante o teor do parágrafo único do art. 179 do ECA.

IV. Recurso desprovido. (REsp. 650.560 – SC; Ministro Gilson Dipp; Quinta Turma; Julgado em 05/10/04).

### **Notificação pelo Judiciário em caso de dificuldade**

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 650.662 - SC (2004/0047035-5)

RELATOR :MINISTRO PAULO GALLOTTI

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO: E F (MENOR)

RECORRIDO: D DE M R (MENOR)

Data de julgamento: 19/08/2008

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 179, PARÁGRAFO ÚNICO. OITIVA INFORMAL. NOTIFICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1. Esta Corte tem proclamado que o art. 179, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao Ministério Público, em nome da celeridade e da informalidade, a prerrogativa de notificar diretamente o adolescente infrator, para ouvi-lo, podendo requisitar o concurso das Polícias Civil e Militar.

2. Assim, cabe ao Promotor de Justiça promover todos os atos tendentes ao atingimento desse objetivo, revelando-se razoável, é claro, que, diante de dificuldade encontrada, possa postular a realização de diligência junto ao respectivo magistrado.

3. Na espécie, pelo que consta dos autos, o representante do Ministério Público requereu, desde logo, ao magistrado, a notificação do adolescente, sem a prática de qualquer ato de sua iniciativa, pretensão que restou indeferida, não caracterizada a violação do aludido dispositivo legal.

4. Recurso especial desprovido.

### **2.3 – Da presença de defensor e do responsável**

Outra questão relevante atinente à oitiva informal concerne à *necessidade das presenças de defensor e do responsável*, quando de sua realização.

A presença de advogado não se mostra obrigatória porque não há previsão legal para tanto.

A oitiva informal não é etapa que se submete ao crivo do contraditório e ampla defesa, posto que não há formação de lide.

Ainda não se iniciou o processo socioeducativo, não havendo que se falar em cerceamento de defesa ou ausência de respeito ao devido processo legal.

Qualquer que seja a seqüência e, uma vez estabelecida a relação a partir da ação socioeducativa, aí sim, deverá ser garantida a defesa tecnicoformal ao adolescente a quem se atribua ato infracional, conforme previsto no ordenamento.

A reforçar tal entendimento, basta analisar o disposto no artigo 186, § 2º, Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>33</sup> no que diz respeito à nomeação *excepcional* de defensor, para a audiência de apresentação, caso ao adolescente esteja sendo atribuída a prática de ato infracional suscetível de aplicação de medida que segregue sua liberdade.

Não há qualquer elemento que indique o comprometimento do direito de defesa no ato.

Apesar de órgão de acusação, o Ministério Público também zela, como fiscal da lei que é, pela defesa dos direitos de adolescentes em conflito com a lei.

A simples ausência do defensor na oitiva informal não gera qualquer mácula que prejudique o processo de conhecimento, pois com o recebimento da representação todas as provas produzidas na fase pré-processual deverão ser reproduzidas em juízo, já sob o crivo do contraditório.

Aliás, qualquer medida que possa gerar restrição ao direito do adolescente exigirá obrigatoriamente o direito de defesa.

Ora, se mesmo na audiência de apresentação, ato inicial do processo socioeducativo propriamente dito, poder-se-ia dispensar a figura do defensor, não há

---

33Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

(...)

§ 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.

razão para exigir sua presença na oitiva informal que inaugura a fase pré-processual, anterior ao ajuizamento da ação socioeducativa.

Quanto à presença do responsável, sempre que possível, ele será ouvido com o adolescente, quando da oitiva informal. Contudo, caso o responsável não seja localizado ou o adolescente não possua familiares vivos, a oitiva do adolescente poderá ser feita com a assistência de qualquer pessoa que será nomeada como curadora para o ato.

Por fim, há que se afirmar que a jurisprudência já se assentou no sentido de que somente com a demonstração de prejuízo é que se pode falar em nulidade. Do contrário, não há que cogitar da alegação de nulidade do ato de oitiva informal pela simples ausência de advogado ou defensor para o adolescente.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Desnecessidade de defensor na oitiva informal**

*STJ HABEAS CORPUS Nº 109.242 - SP*

*2008/0136513-7*

*Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128)*

*Órgão Julgador: T5 Quinta Turma*

*Data do julgamento: 04/03/2010*

*Data da Publicação/Fonte: DJe 05/04/2010*

*Ementa*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUDIÊNCIA DE OITIVA INFORMAL. ART. 179 DO ECA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL. SUBMISSÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.*

*1. A audiência de oitiva informal tem natureza de procedimento administrativo, que antecede a fase judicial, oportunidade em que o membro do Ministério Público, diante da notícia da prática de um ato infracional pelo menor, reunirá elementos de convicção suficientes para decidir acerca da conveniência da representação, do oferecimento da*

*proposta de remissão ou do pedido de arquivamento do processo. Por se tratar de procedimento extrajudicial, não está submetido aos princípios do contraditório e da ampla defesa.*

*2. Ordem denegada.*

*STJ HABEAS CORPUS Nº 109.241 - SP (2008/0136508-5)*

*RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA*

*IMPETRANTE: EDUARDO JANUÁRIO NEWTON - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO*

*IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO*

*PACIENTE: S DA C S (INTERNADO)*

*EMENTA*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OITIVA INFORMAL. ATO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. NAO CONFIGURAÇÃO. IRREGULARIDADE DO ATO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONFISSAO RATIFICADA EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ART. 563 DO CPP. ORDEM DENEGADA.*

*1. A ausência de defesa técnica na audiência de oitiva informal do menor perante o Ministério Público não configura nulidade, mas mera irregularidade.*

*2. Inexistindo prejuízo à Defesa, em razão da ratificação do depoimento do menor perante o Juízo competente, sob o crivo do contraditório, não há como reconhecer a nulidade apontada, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.*

*3. Ordem denegada. (Julgamento: 17/03/2011, Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA, Publicação: DJe 04/04/2011)*

*STJ HABEAS CORPUS Nº 131.018 - SP (2009/0044286-4)*

*RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER*

*IMPETRANTE: PATRICIA MALITE IMPERATO - DEFENSORA PÚBLICA*

*IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO*

*PACIENTE: J A DE L (INTERNADO)*

*Data de julgamento: 19/08/2009*

*EMENTA*

*HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. OITIVA INFORMAL. AUSÊNCIA DO DEFENSOR PÚBLICO. CONFISSAO RATIFICADA EM JUÍZO E EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS.*

*INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DELITO PERMANENTE.*

*I - Não se vislumbra a ocorrência de nulidade de todo o procedimento judicial em razão da ausência do defensor público no momento da oitiva informal (art. 179 do ECA) da paciente se não houve demonstração do efetivo prejuízo. Na hipótese, a confissão foi ratificada em juízo, está em consonância com as demais provas colhidas sob o crivo do contraditório e, por fim, não foi o único fundamento utilizado como razões de decidir pelo Juízo especializado. II - Tratando-se de ato infracional equiparado ao delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca domiciliar e pessoal que culminou com a apreensão da adolescente, mantendo em depósito drogas, não constitui prova ilícita, pois evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (Precedentes).*

*Habeas corpus denegado*

### **Presença dos pais ou responsáveis**

**STJ - HABEAS CORPUS: HC 108432 SP 2008/0128522-4**

*Processo: HC 108432 SP 2008/0128522-4*

*Relator(a): Ministro FELIX FISCHER*

*Julgamento: 02/10/2008*

*Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA*

*Publicação: DJe 10/11/2008*

*Ementa HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, DA LEI 11.343/06, ART. 129, § 6º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 309 DO CTB. OITIVA INFORMAL. AUSÊNCIA DO RESPONSÁVEL LEGAL. CONFISSÃO NÃO CONSIDERADA PELO JUÍZO PROLATOR DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.*

*I - Não se vislumbra a ocorrência de nulidade de todo o procedimento judicial em razão da ausência dos pais no momento da oitiva informal (art. 179 do ECA) do paciente, se não houve demonstração do efetivo prejuízo. Na hipótese, a representação foi julgada procedente com base em outros elementos, colhidos durante o procedimento judicial.*

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

III - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de tráfico de entorpecentes não enseja, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA. (Precedentes).

IV - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. (Precedentes).

V - A remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Precedentes). Habeas corpus parcialmente concedido

### **Necessidade de Defensor na fase processual – nulidade**

STJ. 6ª T. HC nº 67826/SP.

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

J. em 09/06/2009.

Publicado em DJ: 01/07/2009

CRIANÇA E ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. DEFESA TÉCNICA. PRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO.

1. A remissão, nos moldes dos arts. 126 e ss. do ECA, implica a submissão a medida sócio educativa sem processo. Tal providência, com significativos efeitos na esfera pessoal do adolescente, deve ser imantada pelo devido processo legal. Dada a carga sancionatória da medida possivelmente assumida, é imperioso que o adolescente se faça acompanhar por advogado, visto que a defesa técnica, apanágio da ampla defesa, é irrenunciável.

2. Ordem concedida para anular o processo e, via de consequência, reconhecer a prescrição do ato infracional imputado à paciente.

STJ. 5ª T. HC nº 92390/MG

Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho

J. em 15/09/2009

*HABEAS CORPUS. ECA. MENOR SUBMETIDO A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE FURTO (ART. 155, CAPUT DO CPB). AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA ANULAR A AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO, E TODOS OS ATOS DECISÓRIOS QUE LHE SÃO POSTERIORES, PARA QUE SEJA RENOVADA, COM A PRESENÇA DA DEFESA TÉCNICA.*

*1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de reconhecer a nulidade da audiência de apresentação - e, por consequência, dos demais atos decisórios que lhe são posteriores -, em razão da ausência de defesa técnica.*

*2. Parecer do MPF pela concessão da ordem.*

*3. Ordem concedida, para anular a audiência de apresentação, e todos os atos decisórios que lhe são posteriores, para que seja renovada com a presença da defesa técnica.*

#### **2.4 – A oitiva informal não constitui condição de procedibilidade**

Importante destacar que a oitiva informal não constitui condição de procedibilidade da ação socioeducativa. Por tais razões, tem sido admitida a adoção das posturas previstas no artigo 180 do Estatuto – arquivamento, remissão e representação – em situações especiais, sem a realização da oitiva informal, mormente quando o ato se torne impossível ou inviável diante do paradeiro ignorado do próprio adolescente.

Moraes e Ramos (2010) assim afirmam:

*O entendimento que estampa melhor viabilidade sistemática é mesmo o de que o Promotor de Justiça, caso não haja apresentação do adolescente pela Autoridade Policial, deve diligenciar até esgotar todas as medidas necessárias para a oitiva (artigo 179 e seu parágrafo único do ECA), e, sendo impossível, prosseguir com uma das mencionadas providências, desde que tenha formado sua convicção acerca dos fatos”<sup>34</sup>.*

As hipóteses específicas acerca da possibilidade de dispensa da oitiva informal serão melhor evidenciadas e esclarecidas, quando da análise de cada uma das posturas a serem adotadas pelo Promotor de Justiça, na fase do artigo 180 do Estatuto.

---

34 MORAES, Bianca Mota e RAMOS, Helene Vieira, in, “Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos”, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 4ª edição, 2010, p. 810.



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Oitiva Informal**

*EMENTA: PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 179, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OITIVA INFORMAL DO ADOLESCENTE. NOTIFICAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. CARTÓRIO JUDICIAL.*

*O texto legal (art. 179, parágrafo único, do ECA) conferiu ao Ministério Público, em nome da celeridade e da informalidade, a prerrogativa de notificação para fins de oitiva informal do adolescente. Dessa maneira, cabe ao Promotor de Justiça promover todos os atos tendentes à sua efetivação. Não obstante, se porventura este se deparar com algum empecilho, nada obsta que requeira a diligência à autoridade judiciária (**Precedente do STJ**). Recurso provido. (REsp. 702.857 – SC; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma; Julgado em 19/05/05).*

*EMENTA: FALTA DE APRESENTAÇÃO DO MENOR AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A OITIVA INFORMAL - EXIGÊNCIA LEGAL CUJA PRETERIÇÃO NÃO ANULA O PROCEDIMENTO ESPECIAL, AINDA MAIS QUANDO NESTE LHE FOI ASSEGURADO A MAIS AMPLA DEFESA - PRELIMINAR REJEITADA. ATO INFRACIONAL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - SENTENÇA CONFIRMADA. (TJMG, APELAÇÃO CRIMINAL No 000.154.289-3/00, Relator: Des. Kelsen Carneiro, Julgado em 22/02/00).*

### **3 – Providências após a oitiva informal**

Depois que o adolescente é ouvido, cabe ao Promotor de Justiça decidir entre três providências possíveis:

- 1) arquivamento dos autos;
- 2) remissão como forma de exclusão do processo (cumulada ou não com medidas protetivas e socioeducativas);
- 3) representação.

### 3.1 – O arquivamento

O arquivamento dos autos é uma das providências cabíveis, tomada mediante a falta de elementos de convicção em relação à materialidade ou autoria do ato infracional imputado ao adolescente.

Não pode o Promotor de Justiça decidir pela aplicação de qualquer medida que gere responsabilização do adolescente caso não demonstrada a materialidade ou não reconhecida a responsabilidade do adolescente.

Eis a razão pela qual o arquivamento dos autos pode ser promovido pelo Ministério Público antes mesmo da realização da oitiva informal, desde que o Promotor de Justiça entenda pela atipicidade do ato infracional ou ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade.

Também não se deve perder de vista que, caso o ato infracional seja cometido por criança, por imperativo do que dispõe o artigo 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve o Promotor de Justiça remeter os autos ao Conselho Tutelar para que este tome as medidas pertinentes ao seu talante e dos serviços públicos de apoio, em especial com a aplicação das medidas previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 129, no que se refere à aplicação de medidas ao responsável, se o caso.

Assentada essa premissa, o arquivamento também pode ser promovido em outras hipóteses, desde que fique comprovado, após sua oitiva informal, que o adolescente agiu sob o manto de excludente de ilicitude ou outra escusa que tenha descaracterizado o tipo penal, sempre levando em consideração que o ato infracional deve ser um fato típico, uma vez que precisa guardar similitude com crime ou contravenção penal<sup>35</sup>.

Igualmente, o arquivamento deverá ser promovido na hipótese do artigo 181 do Código Penal.<sup>36</sup>

---

35 Nesse passo, conveniente assinalar que, muito embora haja quem defenda a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, em sede de prática de ato infracional, perfilhamos de entendimento diverso, dada a natureza qualitativa da medida socioeducativa em relação ao desvalor da conduta cometida pelo adolescente.

36 Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

### 3.2 – Da maioridade

Questão debatida na doutrina e na jurisprudência diz respeito à possibilidade de arquivamento dos autos, nos casos em que o adolescente venha a *atingir a maioridade penal*, embora tenha praticado o ato infracional enquanto menor de dezoito anos de idade.

A alteração dos limites da maioridade civil no atual Código Civil não tem o condão de interferir na interpretação do limite de aplicação do Estatuto, em ocasiões excepcionais, devendo vigor a legislação específica e protetiva da Infância e Juventude.

Por outro lado, qual seria o aspecto preventivo, em termos práticos, na aplicação de uma medida de liberdade assistida a um jovem, maior imputável que já alcançara a maioridade penal, caso venha a cometer um crime ultrapassados os limites etários de aplicação do Estatuto.

Outra hipótese pode ser apontada: de adolescente que esteja cumprindo medida socioeducativa e logo após alcançar a idade penal venha a ser preso provisoriamente por crime cometido.

Por fim, é possível citar exemplo que comumente ocorre: de jovem que já esteja cumprindo pena definitiva em estabelecimento penitenciário pela prática de crime, mas que ainda tenha pendentes procedimentos de investigação ou mesmo processos de conhecimento ou execução por atos infracionais praticados enquanto adolescente. Qual a utilidade na continuidade dos procedimentos investigatórios e nos processos de conhecimento ou de execução?

Portanto, entende-se que a continuidade do procedimento de apuração, do processo de conhecimento ou de execução por prática de ato infracional deve ser avaliado caso a caso, levando-se em conta o *interesse* em obter-se ou não medidas extremas (internação ou semiliberdade) que possam levar à segregação do já maior imputável.

Por tal razão, quando o adolescente atinge a maioridade penal, na prática tem sido aceito o posicionamento de extinção ou arquivamento do procedimento de apuração e também a extinção de processos de conhecimento e execução, quando

referentes a atos infracionais sem violência ou grave ameaça e não exista prognóstico de aplicação de medidas extremas.

Não se justificaria a deflagração, nesses casos, de um processo socioeducativo para a aplicação de uma medida branda ou até mesmo uma remissão sob o crivo judicial, por se mostrar completamente inócua ou incompatível com a atual condição do adolescente que alcançou a maioridade.

Silva (1994) explica a extensão de aplicação do Estatuto:

*“Como regra, o estatuto tem seu campo de aplicabilidade reservado a crianças e adolescentes, nos termos do parágrafo único do art. 2º. apenas excepcionalmente, como estabelece o dispositivo, aplica-se a pessoas entre 18 e 21 anos de idade. os arts. 36, 40, 121, parágrafo 5º, 142 e 148, parágrafo único, ‘e’, são exceções de que cuida o parágrafo”. Será fácil intuir as razões pelas quais o legislador menorista estabeleceu a regra de que o estatuto se aplica primeiramente aos menores de 18 anos e apenas excepcionalmente àquelas outras faixas etárias é o menor de 18 anos, sem dúvida, o destinatário especial que precisa de maior proteção do estado, da sociedade e da família. Ultrapassado esse limite de idade, apesar de continuar incapaz perante a legislação substantiva, já se encontra mais maduro, mais desenvolvido fisicamente, enfim, mais apto para enfrentar as vicissitudes da vida, até porque a responsabilidade penal é sua companheira de jornada até o fim de sua existência. Portanto, curial que o legislador dedicasse mais atenção às pessoas com menos de 18 anos, e apenas excepcionalmente aos maiores de 18 anos”<sup>37</sup>.*

Moraes e Ramos (2010) sustentam, contudo, a possibilidade de *aplicação de medidas em meio aberto* ao adolescente que venha a completar a maioridade no curso da investigação ou processo:

*“Não faria qualquer sentido admitir que o legislador permitiria a aplicação de medidas mais severas ao adolescente adulto e proibiria a de medidas mais brandas; ou seja, se à Autoridade Judiciária foi concedido poder para o mais, não há razão para lhe tolher o menos”<sup>38</sup>.*

Finalmente, observe-se que o arquivamento dos autos depende de homologação por parte do órgão jurisdicional, aplicando-se, caso isso não ocorra, o disposto no art. 181, § 2º do Estatuto, quando então a conveniência na manutenção do arquivamento ou

---

37 SILVA, José Luiz Mônaco da, Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários, Editora Revista dos Tribunais, 1ª Ed., 1994, p. 18.

38 MORAES, Bianca Mota e RAMOS, Helene Vieira, op. citada, p. 65. As autoras ainda citam como referência precedentes jurisprudenciais: (TJSP – Agravo de Instrumento nº 18.071-0/0 – Relator: Nigro Conceição – j. 06/04/95; TJRS – Apelação Cível nº 70011911260, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27.07.2005).

a determinação de que outro Promotor ofereça a representação fica a cargo do Procurador-Geral de Justiça.

No tocante à fase de execução a Lei Federal n. 12.594/12 (Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional) resolveu os problemas até então debatidos na doutrina e jurisprudência.

O artigo 46, III da Lei Federal n. 12.594/12 prevê que a medida socioeducativa será declarada extinta pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva.

O artigo 46, § 1º também prevê expressamente a possibilidade de o juiz declarar extinta a medida socioeducativa que estava sendo cumprida pelo adolescente que atinge a maioridade e também responder a processo crime.

### **3.3 - A Remissão como forma de exclusão do processo**

*A remissão como forma de exclusão do processo*, é medida que encontra fundamento na necessidade de evitar-se a judicialização de casos menos graves, conforme aponta a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.<sup>39</sup>

Sua aplicação é possível nessa fase pré-processual, aos casos em que o ato infracional é cometido sem violência e sem grave ameaça contra a pessoa.

---

39 Artigo 40.

1. Os Estados-partes reconhecem o direito de toda criança, de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais, de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor, e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

...

3. Os Estados-partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular :

...

• a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

A remissão que vem do verbo remir, como o próprio nome deixa explícito, é um ato de perdão, que o Promotor de Justiça pode conceder ao adolescente infrator, com fundamento nas circunstâncias e conseqüências do fato, o contexto social, bem como a personalidade do autor da infração, exceção expressa do Estatuto ao princípio da obrigatoriedade da ação socioeducativa.

A remissão como forma de exclusão do processo é um ato de atribuição do Promotor de Justiça, que depende de homologação judicial para sua validade.

Na hipótese de o Juiz de Direito não homologar a remissão, aplica-se o mesmo procedimento previsto para o caso em que ocorre a não aceitação do arquivamento, encaminhando os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 181, § 2º do Estatuto.

Ela é aplicada única e exclusivamente aos adolescentes cujo perfil social e natureza do ato infracional recomendem, de plano, seja descartado o processo socioeducativo, seja pela sua desnecessidade, seja pela proficuidade do aconselhamento do adolescente com o Promotor de Justiça, mas desde que haja indícios de autoria e de materialidade infracional.

Vale afirmar a desnecessidade de acompanhamento da defesa, quando da prática de tal ato procedimental de caráter privativo do Promotor de Justiça, pré-processual, excludente do processo.

Não há limite para a aplicação da remissão a um mesmo adolescente, mesmo porque não pode ser utilizada técnica e formalmente como antecedentes (art. 127 do Estatuto), nem caracteriza tecnicamente a prática “reiterada” de condutas<sup>40</sup>.

Ainda que seja concedida a remissão como forma de exclusão do processo, podem ser aplicadas, cumulativamente, *medidas de proteção* previstas nos artigos 101 e 129 do ECA, tanto em relação ao infrator, como em relação aos pais, mas somente terão executoriedade, após a homologação judicial.

### **3.4 – Da possibilidade de cumulação de medidas socioeducativas no âmbito da remissão concedida pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo**

---

40 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, op. cit. p. 186.

A questão mais debatida no âmbito da remissão como forma de exclusão do processo diz respeito à possibilidade de sua aplicação cumulada com medida socioeducativa.

Obviamente, a possibilidade de aplicação de medidas que impliquem a restrição de liberdade dos adolescentes fica prejudicada considerando a disposição expressa do art. 127 do ECA<sup>41</sup>.

Atualmente, nos termos da Súmula 108 do STJ<sup>42</sup>, a concessão de remissão cumulada com medidas socioeducativas, em qualquer hipótese, deve ser submetida ao crivo do Judiciário, descartando a possibilidade de sua aplicação sem homologação judicial na fase pré-processual.

Apesar da necessária homologação judicial, a remissão nessa fase do procedimento será imposta como forma de exclusão do processo e sem observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Disso decorrem duas consequências. Não é possível a conversão em internação sanção<sup>43</sup> em caso de descumprimento, uma vez que, como medida imposta sem contraditório, ampla defesa, ou mesmo produção de provas, estaria violando os direitos e garantias legais e constitucionais do adolescente, ao impor medida restritiva de liberdade.

Ademais, como foi homologada a remissão como forma de exclusão do processo, com decisão transitada em julgado, não pode ser reapreciada, nem retomar seu trâmite normal. Nem mesmo a representação poderia ser oferecida por conta da anterior decisão.

A lei não confere solução expressa para o caso de o adolescente não cumprir as medidas impostas cumulativamente com remissão.

---

41 Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.

42 STJ Súmula nº 108 - 16/06/1994 - DJ 22.06.1994. Medidas Sócio-Educativas - Competência - Prática de Ato Infracional - "A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz."

43 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.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

Entende-se, *ex vi legis*, que a solução mais adequada seria a extinção do feito, posto que se a remissão *exclui* (na verdade, o legislador utilizou o verbo *exclui* com o sentido de *evitar-se* o futuro processo) não haveria lógica que pudesse ser *ressuscitado* o processo, com oferecimento de representação.

Daí a razão de entender-se mais adequado e estratégico, o oferecimento da representação e, quando da audiência de apresentação, ser formulada proposta de remissão, eventualmente cumulada com medida socioeducativa não privativa de liberdade, como forma de suspensão do processo.

Assim, caso não seja cumprida durante a execução, retoma-se a instrução até eventual sentença no processo de conhecimento, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Aí sim, a medida poderá ser objeto de conversão em internação-sanção.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Constitucionalidade da remissão concedida como forma de exclusão do processo cumulada com medidas socioeducativas**

*STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 229382 / SP*

*Relator(a): Min. MOREIRA ALVES*

*Julgamento: 26/06/2002*

*Órgão Julgador: Tribunal Pleno*

*Publicação*

*DJ 31-10-2002 PP-00020 EMENT VOL-02089-02 PP-00231*

*Parte(s)*

*RECTE.: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL*

*RECDO.: MIGUEL AMORIM OU MIGUEL CARLOS ROSA NETO*

*ADVDS. : FRANCISCO DE SOUZA FILHO E OUTROS*

*Ementa: Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida*



sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido.

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 248018 SP

Processo: RE 248018 SP

Relator(a): JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 06/05/2008

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-04 PP-00728 RT v. 97, n. 876, 2008, p. 537-541

Parte(s):

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

ANTONIO DIEGO PEREIRA RODRIGUES

MAURICIO FERNANDO ROLLEMBERG DE FARO MELLO E OUTROS

Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, in fine, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa.

2. *A medida sócio-educativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.*

3. *A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida sócio-educativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente.*

4. *Recurso Extraordinário conhecido e provido.*

STJ

HC 135935 / SP

HABEAS CORPUS

2009/0089093-5

Relatora: Min. Laurita Vaz

Data de julgamento: 01/09/2009

*HABEAS CORPUS. FURTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. AUSÊNCIA DE OITIVA DO MENOR. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA.*

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

2. *É possível conceder a remissão e aplicar medida socioeducativa que não implique em restrição à liberdade do menor infrator, nos exatos termos do 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

3. *Precedentes dos Tribunais Superiores.*

4. *Ordem denegada.*

### **3.5 - Da necessidade de oitiva informal prévia para a remissão**

Outra questão interessante acerca da remissão, diz respeito à possibilidade de sua concessão sem que seja realizada a oitiva informal do adolescente.

Depreende-se, à primeira vista, a impossibilidade de concessão da remissão sem a necessária e prévia oitiva informal do adolescente.

Contudo, há casos excepcionais, como, por exemplo:

- 1) apesar de haver indícios de autoria e materialidade, o adolescente não é localizado mesmo após esgotadas todas as tentativas de localização;
- 2) não ostenta antecedentes infracionais;
- 3) sua personalidade e conduta social sugerem a aplicação da remissão;
- 4) a natureza do ato infracional possibilita a aplicação da remissão.

O Estatuto também não apresenta solução expressa para tais casos, mas entende-se que o caminho adequado é a concessão da remissão, mesmo sem a oitiva informal do adolescente.

### **3.6 - Da homologação da remissão**

Assim como no caso de arquivamento dos autos, a remissão deve ser *homologada judicialmente* e, caso rechaçada pela autoridade judiciária, mister se faz a aplicação analógica do art. 181, § 2º do ECA.

Em relação à possibilidade de o magistrado homologar apenas a remissão e deixar de homologar a medida socioeducativa proposta em cumulação pelo Promotor de Justiça há dois entendimentos.

Caso o juiz adote o entendimento de que é possível a homologação parcial, poderá o Promotor de Justiça, se assim o entender, interpor recurso de apelação, uma vez que já terá havido uma decisão que pôs fim a uma relação pré-processual tendente à aplicação de uma medida socioeducativa.

Por outro lado, há julgados que entendem não poder o juiz se imiscuir nas medidas socioeducativas propostas pelo Ministério Público cumulativamente à remissão, devendo, caso discorde da parte referente às medidas, encaminhar o caso à

apreciação do Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 181, § 2º do Estatuto, conforme a seguir explicitado.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Impossibilidade de revisão judicial da medida socioeducativa proposta pelo Ministério Público cumulada com a remissão concedida como forma de exclusão do processo**

*TJDF - APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE: APL 53786020038070001 DF 0005378-*

*60.2003.807.0001*

*Processo: APL 53786020038070001 DF 0005378-60.2003.807.0001*

*Relator(a): VAZ DE MELLO*

*Julgamento: 11/11/2005*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal*

*Publicação: 31/01/2007, DJU Pág. 91 Seção: 3*

*Ementa*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL DE REMISSÃO. RECURSO MINISTERIAL. SENTENÇA. ANULAÇÃO. PROCEDÊNCIA. CABE AO MINISTÉRIO PÚBLICO ELABORAR PROPOSTA DE REMISSÃO, CUMULADA OU NÃO COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE NATUREZA LEVE, DEVENDO O JULGADOR HOMOLOGÁ-LA OU, DISCORDANDO, REMETER OS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (ARTIGO 181, § 2º, DO ECA). NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL OU JURISPRUDENCIAL PARA A ALTERAÇÃO EX-OFFICIO DO ACORDO DE REMISSÃO CELEBRADO ENTRE O PARQUET E O MENOR INFRATOR. DEU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.*

*TJDF - APELAÇÃO: APL 47800920038070001 DF 0004780-09.2003.807.0001*

*Processo: APL 47800920038070001 DF 0004780-09.2003.807.0001*

*Relator(a): APARECIDA FERNANDES*

*Julgamento: 15/09/2005*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal*

*Publicação:08/03/2006, DJU Pág. 117 Seção: 3*

*Ementa PENAL. PROCESSO PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. ART. 155 DO CP. CONCESSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE REMISSÃO AO MENOR INFRATOR, CUMULADA COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL PELO MM. JUIZ, QUE CONCEDEU TÃO-SOMENTE A REMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 181, § 2º, DO ECA. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM - NÃO HÁ IMPEDIMENTOS, PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO, QUANTO À CONCESSÃO DA REMISSÃO DE FORMA CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA, DESDE QUE NÃO IMPORTE EM RESTRIÇÃO DE LIBERDADE. -AO MM. JUIZ NÃO COMPETE DISCORDAR DE PARTE DO PRÉVIO ACORDO CELEBRADO ENTRE O PARQUET E O MENOR INFRATOR E, COM ISSO, ACATÁ-LO PARCIALMENTE. PODERÁ, SIM, EM CASO DE NÃO HOMOLOGAÇÃO, FAZER A REMESSA DOS AUTOS AO EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL, NOS PRECLAROS TERMOS DO ART. 181, § 2º. DIANTE DO ACOLHIMENTO PARCIAL, ANULA-SE A DECISÃO, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM, PARA QUE DECIDA O DR. JUIZ PELA HOMOLOGAÇÃO OU NÃO DOS ACORDOS, NA PLENITUDE DE SEUS TERMOS. - RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.*

### **3.7 - Da necessidade de concordância do adolescente**

Questão tormentosa na doutrina e na jurisprudência diz respeito à possibilidade de concessão de remissão, ainda que o adolescente negue a prática do ato infracional, em sua oitiva informal.

Há duas posições.

A primeira no sentido de que sendo a remissão um ato administrativo matizado pela discricionariedade do Promotor de Justiça, desde que haja indícios de autoria e materialidade do ato infracional, far-se-ia possível a aplicação da remissão, mesmo diante da negativa da autoria e independente da anuência do adolescente.

Por outro lado, há quem sustente que apenas é possível a aplicação da remissão, caso haja a confissão e a expressa anuência do adolescente.

Isso porque, no momento em que o adolescente nega a prática do ato infracional, presume-se que ele não está abrindo mão do contraditório e dos meios necessários de defesa para a comprovação de sua inocência.

## JURISPRUDÊNCIA

### Concordância

*TJRJ - APELACAO: APL 7296 RJ 2008.050.07296*

*Processo: APL 7296 RJ 2008.050.07296*

*Relator(a): DES. GERALDO PRADO*

*Julgamento: 10/06/2009*

*Órgão Julgador: QUINTA CAMARA CRIMINAL*

*Publicação: 07/07/2009*

*EMENTA: APELAÇÃO. LEI 8.069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DEFINIDO NO ART. 65 DA LEI 9.605/98. ADOLESCENTES QUE CONFESSARAM A PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL E FORAM OUVIDAS NA PRESENÇA DOS RESPONSÁVEIS, MAS SEM ASSISTÊNCIA DE DEFENSOR TÉCNICO. DEFESA TÉCNICA QUE SE INSURGE CONTRA A DECISÃO QUE IMPÕE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA SEM O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA E A PRÁTICA DO CONTRADITÓRIO. CORRETO ENTENDIMENTO DA REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO QUE HÁ DE ESTAR FUNDADA NO CONSENSO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO, ADOLESCENTE, RESPONSÁVEL E DEFENSOR TÉCNICO SEMPRE QUE SE CUIDE DE ASSOCIAR À REMISSÃO MEDIDA SOCIOEDUCATIVA (ARTIGO 127 DA LEI 8.069/90). VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA CUJO RESULTADO PRÁTICO NÃO PODE PREJUDICAR AS ADOLESCENTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO, TODAVIA AFASTAMENTO DA MEDIDA DE ADVERTÊNCIA. Decisão que homologou remissão concedida pelo Parquet como forma de extinção do processo e aplicou medida socioeducativa de advertência, por conta da suposta prática de ato análogo ao crime definido no art. 65 da Lei 9.605/98. Violação do devido processo legal retratado na imposição de medida de advertência sem a necessária concordância das adolescentes, seus respectivos representantes legais e defesa técnica. Ausência de contraditório. Legitimidade na imposição de atos cogentes decorrentes do poder de império, com consequências no âmbito dos envolvidos, que precisa atender aos princípios e regras previstos no ordenamento de forma taxativa. Regras, contudo, que devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade garantista, ou seja, sempre após a necessária oxigenação constitucional. Manutenção da extinção pela remissão com exclusão da medida de advertência. Arquivamento do procedimento. PROVIMENTO DO RECURSO.*

### Necessidade de oitiva do adolescente

STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 854222 RS 2006/0134211-7

Processo: REsp 854222 RS 2006/0134211-7

Relator(a): Ministro GILSON DIPP

Julgamento: 06/11/2006

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJ 18.12.2006 p. 507

CRIMINAL. RESP. ECA. REMISSÃO. AUSÊNCIA DE OITIVA DO MENOR E DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

*A concessão de remissão, possível a qualquer tempo antes da sentença, reclama a oitiva do menor-infrator, bem como manifestação do representante do "Parquet", em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa. Deve ser cassado o acórdão recorrido com a anulação da decisão de 1º grau, determinando a suspensão da remissão concedida ao menor, para que se proceda à intimação do mesmo para a audiência de apresentação, e a manifestação do Ministério Público. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.*

STJ

HC 135935 / SP

HABEAS CORPUS

2009/0089093-5

Relatora: Min. Laurita Vaz

Data de julgamento: 01/09/2009

HABEAS CORPUS. FURTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. AUSÊNCIA DE OITIVA DO MENOR. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA.

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

2. *É possível conceder a remissão e aplicar medida socioeducativa que não implique em restrição à liberdade do menor infrator, nos exatos termos do 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

3. *Precedentes dos Tribunais Superiores.*

4. *Ordem denegada.*

## **Capítulo 4 – FASE PRÉ-PROCESSUAL – APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA**

### **1 - Considerações Preliminares**

Nessa etapa serão analisados os casos de prática de ato infracional cometido mediante violência e grave ameaça.

Quando o adolescente é apreendido em flagrante, lavra-se um auto de apreensão cujas formalidades, a teor do artigo 173 do ECA<sup>44</sup>, guardam similaridade com os mesmos contornos do auto de prisão em flagrante delito do maior imputável, não havendo vinculação do Promotor de Justiça à capitulação da Autoridade Policial. Tanto a formalidade, quanto as garantias, são as mesmas do Processo Penal<sup>45</sup>.

Após apreensão, o adolescente deverá ser apresentado, assim que possível<sup>46</sup> ao Promotor de Justiça, para que seja realizada sua oitiva informal (artigo 179) e para que sejam adotadas uma das posturas previstas no artigo 180 do ECA.

<sup>44</sup>Art. 173. Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:

I - lavar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;

II - apreender o produto e os instrumentos da infração;

III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.

<sup>45</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, op. cit., p. 237

<sup>46</sup> Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 1º Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.



## 2 - Da imediata apresentação ao Ministério Público

Questão que assume relevo é referente à apresentação imediata do adolescente, para que o Promotor de Justiça realize a oitiva informal e tome as medidas pertinentes.

Nesses casos, é possível indicar duas soluções distintas:

- a) caso o adolescente seja apreendido fora do horário forense, deverá ser apresentado no dia seguinte no horário regular dos trabalhos do fórum;
- b) caso seja apreendido na véspera de final de semana ou feriado ou dentro destes períodos, deverá ser apresentado no dia seguinte, durante a escala do Plantão Judiciário.

Nos casos em que se mostrar adequada a internação provisória, o Promotor de Justiça que estiver atuando no plantão judiciário não deve se limitar a proceder apenas a oitiva informal do adolescente, mas também oferecer representação ou adotar uma das outras posturas previstas no sobredito artigo 180 do Estatuto<sup>47</sup>.

Somente de forma excepcional é que deve o Promotor de Justiça deixar de adotar alguma das providências previstas no artigo 180 do Estatuto, tal como quando não houver nos autos a ele remetidos elementos mínimos necessários que permitam formar sua convicção.

Assim, pode ocorrer situação em que o adolescente seja apreendido em flagrante e conduzido ao plantão judiciário para oitiva informal perante o Promotor de Justiça, mas o fato cometido não tenha sido presenciado por qualquer testemunha e a vítima, por exemplo, de uma tentativa de latrocínio ou de homicídio esteja hospitalizada sem possibilidade de ser ouvida. No caso de negativa de autoria do adolescente ouvido, o Promotor de Justiça necessitará que sejam realizadas diligências imprescindíveis e que em certos casos não poderão ser naquele imediato momento promovidas.

Em tais casos, se o adolescente estiver apreendido em flagrante e mantido custodiado em razão da decisão da Autoridade Policial, entende-se pertinente o

---

<sup>47</sup>ATO N.º 033/91 - PGJ, de 19 de junho de 1991 que disciplina o plantão de Promotores de Justiça de Infância e da Juventude para os fins previstos na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 4º - Cabe aos órgãos do Ministério Público que participem dos plantões:

I - proceder à oitiva informal de adolescente apresentado pela Polícia ou entidade de atendimento, bem como, se possível, de seus pais ou responsável, vítimas e testemunhas;

II - promover de plano o arquivamento dos autos, efetuar a representação cabível ou conceder a remissão.

requerimento de liberação do adolescente em favor dos genitores ou responsáveis e de imediata realização das diligências indispensáveis à formação da convicção do Promotor de Justiça.

Nas Comarcas nas quais não houver estabelecimentos adequados, o adolescente poderá permanecer internado provisoriamente em Delegacia de Polícia (art. 175, § 2º do ECA), desde que não seja colocado em contato com maiores imputáveis e que não se vulnere o prazo legal de 5 dias em relação a tal permanência, questões que se analisará mais adiante.

### **3 - Da questão do tráfico de drogas**

Outro ponto comumente enfrentado no dia a dia do expediente forense em relação à área infracional diz respeito à gravidade do ato infracional equivalente ao tráfico de drogas, notadamente se permite ou não a imposição de medida de internação provisória, para oportuna apresentação ao Promotor de Justiça.

Em primeiro lugar cabe ressaltar que o tráfico de drogas não consiste em um ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça contra pessoas.

Contudo, a gravidade do ato infracional em si, sua correlação com outros atos infracionais mais graves, seus desdobramentos, a demonstração do comprometimento sociocultural do adolescente, eventual desestruturação educacional ou familiar, bem como a periculosidade de sua inserção na marginalidade, são fatores que têm subsidiado decisões de juízes de primeiro grau de jurisdição e também dos Tribunais Superiores para justificar a internação provisória.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem reiteradamente entendido pela possibilidade de internação provisória, e até aplicação da medida extrema ao final dos processos de conhecimento nos casos de tráfico de drogas, ainda que o ato infracional seja o único ato cometido pelo adolescente.

Diversamente, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pelo não cabimento da internação, salvo em caso de reiteração no cometido de infrações graves – no mínimo três.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a possibilidade de fixação de semiliberdade em caso da prática de ato infracional de tráfico de drogas, pois para sua imposição não há necessidade de observância de rol taxativo como é o caso do artigo 122 do Estatuto.

A jurisprudência tem adotado como fundamentos para tal imposição a gravidade do ato ilícito cometido, aliada a questões que denotem periculosidade ou submissão do adolescente a situação de grave vulnerabilidade (estar fora de casa, sem estudar/fora da escola, fazendo uso abusivo de álcool e outras drogas, etc).

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Cabimento da internação provisória em tráfico de drogas**

*TJSP - Agravo de Instrumento: AG 990102906434 SP*

*Processo:AG 990102906434 SP*

*Relator(a): Presidente Da Seção De Direito Público*

*Julgamento: 12/07/2010*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 06/08/2010*

*Ementa*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO Adolescentes representados por ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes - Internação provisória indeferida - Situação de risco dos adolescentes (fora dos lares e da escola, em convivência no meio delitivo) - Pluralidade de infrações - Garantia da ordem pública - Circunstâncias que apontam para necessidade da medida extrema - Recurso provido. Além da possível classificação, em tese, do ato infracional correspondente ao crime de tráfico de entorpecentes no artigo 122, I, do ECA, e, daí, a inabilidade, em abstrato, da internação provisória (art. 108 do ECA), a situação de risco em que se encontram os adolescentes (fora dos lares e da escola, em convivência no meio delitivo, consoante se extrai de declarações dos próprios jovens e da vida pregressa deles, anotada a apreensão última de 65 pedras de crack) e a garantia da ordem pública, justificam, para o momento, a medida cautelar extrema de segregação processual.*

**Cabimento de internação definitiva em caso de tráfico de drogas**

*TJRS - Apelação Cível: AC 70039646799 RS*

*Processo: AC 70039646799 RS*

*Relator(a): Roberto Carvalho Fraga*

*Julgamento: 25/05/2011*

*Órgão Julgador:*

*Sétima Câmara Cível*

*Publicação:*

*Diário da Justiça do dia 02/06/2011*

*Ementa*

*APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO SEM POSSIBILIDADES DE ATIVIDADES EXTERNAS. SENTENÇA MANTIDA.*

*TJSP - Apelação: APL 994092308128 SP*

*Processo: APL 994092308128 SP*

*Relator(a): Presidente Da Seção De Direito Privado*

*Julgamento: 22/03/2010*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 15/04/2010*

*Ementa*

*Infância e Juventude. Ato infracional equiparado a tráfico ilícito de entorpecentes. Art. 33, caput da Lei nº 11.343/2006. Medida de internação bem aplicada. Prática reiterada de atos infracionais pelo adolescente aliada ao contexto pessoal e familiar que recomendam a aplicação de medida socioeducativa de internação.*

*TJ/SP – Apelação Cível n. 990.10.298255-6,*

*Atibaia*

*j. em 08/11/10*

*Rel. Des. Maria Olivia Alves*

*Ementa: “APELAÇÃO – Tráfico de drogas e associação para o mesmo fim – Aplicação de semiliberdade – Recurso para reconhecimento da associação e aplicação de internação – Acolhimento parcial – Prova suficiente da autoria e materialidade do tráfico – Admissão da posse e guarda dos entorpecentes – Destinação ao fornecimento de terceiros evidenciada, ademais, pela grande quantidade, diversidade e forma de acondicionamento da droga – Apreensão de cerca de quatro quilos de crack e cem gramas de cocaína, mais petrechos para embalo da droga e numerário – Tráfico de grande porte – Prova insuficiente, contudo, para o reconhecimento da associação – Ato que pressupõe violência contra toda a sociedade, principalmente por atingir a sua população mais jovem e vulnerável – Ausência de condições pessoais favoráveis à ressocialização em meio aberto – Ociosidade – Uso de drogas – Ausência de respaldo familiar – Internação que se apresenta como medida cabível e necessária para a ressocialização do adolescente – Provimento parcial do recurso*

*Ementa: “APELAÇÃO – Interposição contra sentença que aplicou medida sócio-educativa de semiliberdade pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes – Requer a defesa a improcedência da representação por insuficiência probatória – Inocorrência – Elementos de prova suficientes para a procedência da representação – Medida aplicada de acordo com a gravidade do ato infracional, e visa a ressocialização do jovem que já se envolveu anteriormente com o tráfico de drogas, nos termos do artigo 112, inciso V da Lei n. 8.069/90 (ECA).” TJ/SP – Apelação Cível n. 990.10.343689-0 – Santos, Câmara Especial – j. 08/11/10 – Rel. Des. Eduardo Gouvêa)*

*Ementa: “ECA. Menor representado pela prática de infração equiparada ao crime previsto no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06 – Sentença que acolheu a representação e aplicou ao menor a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, facultando-lhe a inclusão em tratamento para toxicômanos na própria Fundação C.A.S.A – Apelo objetivando o reconhecimento da precariedade das provas, a autorizar a improcedência da representação ou, subsidiariamente, o abrandamento da medida imposta – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria incontroversas – A tese aduzida pela defesa no sentido de que a droga apreendida seria para consumo próprio não convence – Jovem apreendido com droga e uma balança de precisão no interior de sua residência, local apontado em denúncia anônima como “ponto de venda” de substância entorpecente. Prova testemunhal segura a apontar a participação do menor na infração – Menor que se mostra envolvido com o meio delitivo, possuindo passagens pela Vara da Infância e da Juventude e que já foi custodiado em razão da mercancia – Internação recomendada – Apelação não provida. (TJ/SP - Apelação Cível n. 990.10.398.390-4 – São José do Rio Preto – Câmara Especial – j. 22/11/10 – Rel. Des. Decano Reis Kuntz)*

*Ementa: “Atos infracionais equiparados aos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico – Imposição de medida socioeducativa de internação – Pretensão de absolvição sob o fundamento de insuficiência do conjunto probatório – Afastamento – Alegação de que a droga se destinava a uso próprio – Descabimento –*

*Provas robustas no sentido de que a substância apreendida pertencia aos adolescentes e se destinava à mercancia – Pedido de diminuição do prazo de reavaliação da medida socioeducativa imposta – Impossibilidade – Critério adotado que observa regra prescrita em lei – Sentença mantida – Recursos não providos.” (TJ/SP – Apelação Cível n. 990.10.345578-9 – Bragança Paulista – Câmara Especial – j. 22/11/10 – Rel. Des. Martins Pinto)*

**Posição do Superior Tribunal de Justiça – Não cabimento da internação em tráfico de drogas, salvo em caso de reiteração no cometimento de outras infrações graves**

*STJ - HABEAS CORPUS: HC 160224 MG 2010/0011504-7*

*Processo: HC 160224 MG 2010/0011504-7*

*Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA*

*Julgamento: 20/04/2010*

*Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA*

*Publicação: DJe 10/05/2010*

*Ementa*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. COMETIMENTO DE TRÊS ATOS INFRACIONAIS DE NATUREZA GRAVE. MEDIDA JUSTIFICADA. ART. 122, II, DO ECA. ORDEM DENEGADA.*

*1. Nos termos no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é autorizada a internação nas hipóteses de reiteração no cometimento de infrações graves, que se configura, segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, com a prática de três atos infracionais de natureza grave.*

*2. Tratando-se do terceiro ato infracional correspondente a tráfico de drogas, que é de natureza grave, sendo inclusive equiparado a hediondo, revela-se justificada a aplicação da medida de internação.*

*3. A gravidade do ato infracional correspondente ao tráfico de drogas não serve, por si só, para justificar a imposição da medida gravosa com fundamento no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Contudo, em casos de reiteração na prática da mesma conduta, incide o disposto no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*4. Ordem denegada.*

STJ - HABEAS CORPUS: HC 190864 RS 2010/0213586-3

Processo: HC 190864 RS 2010/0213586-3

Relator(a): Ministra LAURITA VAZ

Julgamento: 15/02/2011

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJe 28/02/2011

Ementa

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 122 DA LEI N.º 8.069/90. ROL TAXATIVO. INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE REITERAÇÃO. PRECEDENTES.*

- 1. A medida socioeducativa de internação somente está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.*
- 2. Incabível a imposição de medida socioeducativa de internação ao menor que pratica ato infracional análogo ao tráfico de drogas, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*
- 3. Segundo o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, somente ocorre reiteração, para efeito de incidência da medida de internação, quando são praticadas, no mínimo, três ou mais condutas infracionais graves, o que não se verifica na hipótese.*
- 4. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado e sentença de primeiro grau, na parte relativa à medida socioeducativa imposta, determinar que outra seja fixada, permitindo-se ao Paciente aguardar em liberdade assistida a prolação de novo decisum.*

### **Cabimento de semiliberdade em tráfico de drogas**

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO NARCOTRÁFICO. PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PREJUDICADA PELA SUA SUPERVENIÊNCIA.*

*MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO MENOR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*

*PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELO INDEFERIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.*

1. *Prejudicada a pretensão de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença que submeteu o paciente à medida socioeducativa de semiliberdade, tendo em vista sua superveniência.*
2. *A imposição da semiliberdade, todavia, deve estar pautada nas circunstâncias peculiares do caso concreto, quando o Julgador reputar imperiosa a adoção da medida para a proteção integral do adolescente, finalidade precípua da Lei 8.069/90, sendo descabida qualquer vinculação aos requisitos previstos no art. 122 do ECA, imperativa somente nos casos de internação.*
3. *In casu, foi atendida a exigência de apreciação das condições pessoais do infrator, haja vista a indicação de elementos concretos aptos a justificar a medida constritiva de liberdade. Reportou-se o Julgador não apenas à gravidade abstrata do delito que, como cediço, não serve como critério único para fixação da medida restritiva de liberdade, mas observou, ainda, a capacidade do adolescente de cumpri-la e suas condições pessoais.*
4. *Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 198010 / DF, HABEAS CORPUS, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Data de Julgamento: 17/05/11, Data de Publicação: 15/06/11)*

#### **TJ/SP**

*Ementa: “APELAÇÃO – Ato infracional equiparado ao tráfico de drogas – Liberdade assistida – Pretensão de aplicação de internação – Adequação da semiliberdade – Prova suficiente da autoria e materialidade da infração – Confissão corroborada pelos demais elementos de prova – Destinação ao fornecimento de terceiros evidenciada pela quantidade, diversidade e forma de acondicionamento do tóxico, além de numerário – Ato que pressupõe violência contra toda a sociedade, principalmente por atingir a sua população mais jovem e vulnerável – Hipótese em que não se mostra necessária a medida mais rigorosa, dada a primariedade do jovem e algum movimento de reestruturação – Necessidade, contudo, de intervenção um pouco mais rigorosa, para escolarização e profissionalização – Recurso a que se dá parcial provimento (TJ/SP – Apelação Cível n. 990.10.295060-3 – Santos – Câmara Especial – j. em 08/11/10 – Rel. Des. Maria Olívia Alves)*

#### **4 - Da internação provisória**

Após a oitiva informal do adolescente, entendendo o Promotor de Justiça ser o caso de oferecimento de representação e deflagração do processo socioeducativo, poderá ser pleiteada sua internação provisória quando se refira a crimes cometidos



mediante violência ou grave ameaça e nas situações excepcionais, como no caso do tráfico, conforme a corrente porventura adotada.

Essa internação, nos termos do artigo 108 do Estatuto<sup>48</sup> deve ter o prazo máximo de 45 dias, sob pena de responsabilidade da autoridade violadora de tal lapso, inclusive pela prática dos crimes previstos nos artigos 234 e 235 da lei especial<sup>49</sup>, conforme o caso.

A tolerância com a extrapolação deste prazo legal, manifestada em algumas decisões judiciais (há decisões de Tribunais denegando habeas corpus em casos de superação do prazo de 45 dias sem sentença), viola frontalmente o princípio da celeridade e constitui-se em flagrante ilegalidade, violadora de preceito expresso em defesa do adolescente, a quem se atribui a prática de ato infracional<sup>50</sup>.

Os fundamentos da internação provisória confundem-se com a justa causa da ação socioeducativa: indícios de autoria e materialidade do ato infracional. E seus requisitos, além da gravidade do ato infracional, devem se relacionar com os mesmos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Em última análise, caberá internação provisória quando houver um prognóstico positivo de aplicação de medidas privativas de liberdade ao final do processo socioeducativo. “Em verdade há que se levar em conta as disposições do art. 122 do Estatuto, na medida em que um fato somente poderá ensejar internação provisória se for apto a ensejar internação definitiva”<sup>51</sup>.

Portanto, nessa fase pré-processual, há que se ater a uma análise acurada não apenas acerca da internação de natureza provisória e cautelar, mas também em relação àquela a ser aplicada ao final do processo.

A avaliação quanto ao cabimento da internação provisória deve ser tomada com cautela, uma vez que gera o afastamento da convivência familiar e comunitária e,

---

48 Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

49 Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

50 SARAIVA, João Batista Costa – “As Garantias Processuais e o Adolescente a que se atribua a prática de ato infracional”, in, “Justiça, Adolescente e Ato infracional: socioeducação e responsabilização” – ILANUD, São Paulo, 2006, página 185.

51 SARAIVA, João Batista Costa, op. citada, p. 185.

considerando a exiguidade dos locais adequados de internação, pode trazer danos irreparáveis ao adolescente, considerado como pessoa em peculiar processo de desenvolvimento.

Cumprido salientar que o instituto da prisão temporária, previsto na Lei nº 7.960/89 não se confunde com a internação provisória e não guarda substituto processual na Lei nº 8.069/90, não havendo se falar na aplicação do artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>52</sup>.

Lembre-se, por fim, que a respeito da matéria foi editada a Resolução conjunta CNJ e CNMP nº 01, de 29 de setembro de 2009 (ver), que Institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Excesso de prazo internação provisória**

*TJPR - Habeas Corpus - ECA: HC 7222262 PR 0722226-2*

*Processo: HC 7222262 PR 0722226-2*

*Relator(a): Lidia Maejima*

*Julgamento: 03/03/2011*

*Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal*

*Publicação: DJ: 595*

*HABEAS CORPUS CRIME. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAMENTO PROVISÓRIO. EXCESSO DE PRAZO. INTERNAMENTO QUE PERDURA POR MAIS DE 45 (QUARENTA E CINCO) DIAS. AÇÃO SÓCIO EDUCATIVA AINDA NÃO SENTENCIADA. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DOS ARTIGOS 108 E 183, DO ECA. ORDEM CONCEDIDA.*

*STJ - HABEAS CORPUS: HC 192563 ES 2010/0225679-7*

---

52 ISHIDA, Valter Kenji, op. citada, página 291.

Processo: HC 192563 ES 2010/0225679-7

Relator(a): Ministro GILSON DIPP

Julgamento: 07/04/2011

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJe 28/04/2011

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. ATO INFRACIONAL COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS DO MENOR. HABEAS CORPUS DENEGADO. EXCESSO DE PRAZO NA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E NA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. A prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do CP, autoriza a segregação do paciente, por enquadrar-se no art. 122, I, do ECA.

II. Condições pessoais do adolescente que, em princípio, atestam a necessidade da internação provisória, considerando ser menor em situação de risco.

III. Evidenciado que, tanto o prazo de internação provisória quanto o de conclusão do procedimento, ultrapassam, em muito, o prazo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser concedida a ordem de ofício para determinar ao paciente a medida de liberdade assistida até que seja prolatada a sentença, e se por outro motivo não estiver internado.

IV. Habeas corpus denegado. Ordem concedida de ofício.

### **Impossibilidade de prorrogação**

TJPR. 2ª C.Crim. HC-ECA nº 0591800-1, de Prudentópolis

Rel. Des. Lidio José Rotoli de Macedo. Unânime

J. em 02/07/2009

HABEAS CORPUS - ADOLESCENTE INFRATOR - PRAZO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA SUPERADO - PRORROGAÇÃO DETERMINADA PELO JUÍZO - INADMISSIBILIDADE - INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 108 DA LEI Nº 8.069/90 - LIMINAR CONFIRMADA - ORDEM CONCEDIDA EM DEFINITIVO.

I. As razões recursais relatam incisivamente a impossibilidade de prorrogação da internação provisória a adolescente, mesmo tendo contra si a imputação de ato infracional de natureza grave, pois tratando de adolescente infrator, a legislação a ser aplicada desde a sua apreensão, representação ou eventual condenação, deve seguir as condições estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

*II. Ainda que levado em consideração a complexidade da matéria, a qual exige uma análise pormenorizada das circunstâncias que culminaram na prorrogação da sua internação provisória, em verdade, o procedimento deve ser rigorosamente observado. De conseqüência, a internação só poderia ser mantida em caso de condenação, o que não é o caso dos autos.*

*III. Mesmo que indicado na representação e documentos que instruem os autos, mais especificamente o Relatório Técnico de fls. 09/14, que a medida é necessária em razão de que o paciente conta com histórico infracional que lhe atribui a participação em diversos ilícitos, cerca de 18 (dezoito) procedimentos, sendo estes relativos a 05 (cinco) roubos e 13 (treze) furtos, e que nos roubos é a pessoa que aborda as vítimas, mediante arma de fogo, enquanto não sentenciado o feito, impossível se torna a sua segregação na forma determinada na decisão ora contrariada, por infringência expressa ao disposto no artigo 183, da Lei nº 8.069/90.*

## **5 – Da internação provisória em Delegacia de Polícia**

A questão da internação provisória de adolescente em conflito com a lei em repartição policial é outro ponto importante em relação ao qual o Promotor de Justiça deve estar atento.

Isso porque, muitas vezes, os locais são insalubres e/ou inadequados, sem olvidar a atenção específica ao prazo máximo de cinco dias (art. 185 do Estatuto), permitido pela lei para essa situação excepcional, o que não se confunde com a necessidade de apresentação “desde logo” ao Ministério Público (art. 175 do Estatuto).

O prazo máximo em que o adolescente pode permanecer em estabelecimento policial, em compartimento separado, deve ser observado com rigor, tanto que o Ato Normativo 630, de 10 de fevereiro de 2010, da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, se preocupou com a sua estrita observância<sup>53</sup>.

A matéria, no entanto, foi tratada e delimitada pela Resolução nº 67, de 16 de março de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – art. 3º, ao

---

53 Art. 12 – Nas visitas mensais do membro do Ministério Público às cadeias públicas, o Promotor de Justiça que detém a respectiva atribuição, nos termos do Ato Normativo nº 560/2008–PGJ, deverá verificar o local de permanência de adolescentes apreendidos provisoriamente por cometimento de ato infracional nas cadeias públicas locais (arts. 175 e 185 da Lei nº 8.069/90), especialmente:

I - Condições gerais de funcionamento e habitabilidade dos estabelecimentos;

II - Condições de segurança, higiene e salubridade;

III - Manutenção de local adequado e separado dos adultos;

IV - **Respeito ao prazo máximo de permanência de cinco dias (art. 185, § 2º da Lei 8.069/90) e os direitos previstos na Lei 8.069/90** (grifo nosso).

dispor que “os membros do Ministério Público com atribuição na área da infância e da juventude deverão zelar para que inexistam adolescentes privados de liberdade em cadeias públicas e adotarão as medidas administrativas e judiciais cabíveis para a imediata cessação de tal ilegalidade, caso constatada, remetendo à Corregedoria da respectiva unidade do Ministério Público, no prazo de até 05 (cinco) dias a partir da apuração de tais fatos, relatório minucioso indicando as providências tomadas para a regularização da situação do adolescente”.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Internação Provisória em Delegacia**

*EMENTA: APELAÇÃO – Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Estado de São Paulo, visando a remoção de todos os menores custodiados nas celas da Delegacia de Polícia de Cardoso em razão da falta de estrutura do local e da superlotação - Artigo 188, I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Competência da Colenda Câmara Especial para apreciação do presente feito - Recursos não conhecidos, determinando-se a remessa dos autos. (TJSP, Apelação Cível nº 704.290.5/3-00, Relator: Des. Sergio Gomes, Julgado em 19/08/09).*

*EMENTA: HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DETERMINADA EM LIMINAR CONCEDIDA EM AGRAVO NA CORTE A QUO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.*

*1. A decisão monocrática do Exmo. Desembargador-Relator do agravo interposto pelo Ministério Público, que liminarmente determinou a internação provisória não atende ao disposto no art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*2. O decreto de internação provisória necessita de demonstração motivada da necessidade imperiosa da medida e, na espécie, as condições pessoais do adolescente e o ato infracional cometido - tráfico de drogas -, não se amoldam às hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de sorte que mesmo após prolatada a sentença menorista não lhe poderia ser aplicada a medida extrema.*

*3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*

*4. Habeas corpus concedido para assegurar ao adolescente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do procedimento menorista. (REsp. 141.054 – SP; Ministra Laurita Vaz; Quinta Turma; Julgado em 01/10/09).*

### Cumprimento de medida socioeducativa em estabelecimento prisional - ilegalidade

*HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE CUMPRIDA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

*ORDEM CONCEDIDA.*

*1. O cumprimento de medida socioeducativa em estabelecimento prisional, ainda que em local separado dos maiores de idade condenados, contraria o art. 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que expressamente determina que: "A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração."*

*Precedentes.*

*2. Ordem concedida para determinar que o Paciente aguarde em medida socioeducativa de liberdade assistida o surgimento de vaga em estabelecimento próprio para menores infratores, compatível com o cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade que lhe foi imposta. (HC, 180595/MG, Relator: Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Data do Julgamento: 03/02/11, Data de Publicação: 21/02/11)*

## **6 - Da transferência de adolescente internado provisoriamente**

A transferência dos adolescentes em conflito com a lei internados no Estado de São Paulo é disciplinada pelo Provimento nº 1.436/2007 do Conselho Superior da Magistratura, que regula a tramitação dos pedidos e requisições de remoção e de transferência desses adolescentes para e entre entidades de atendimento localizadas no Estado de São Paulo.

Na disciplina do Provimento estão previstos a forma dos pedidos de vaga, remoção e transferência<sup>54</sup>, bem como os requisitos para esses procedimentos, seja de

---

<sup>54</sup> **Artigo 2º** - A requisição de remoção ou de transferência em internação provisória (artigo 108 do ECA) ou em cumprimento de medidas sócio-educativas de internação (artigo 122 do ECA) e de semiliberdade (artigo 120 do ECA), de adolescente infrator, para e entre entidades de atendimento localizadas no Estado deverão ser dirigidos à Presidência da Fundação CASA.

**§ 1º** - Os pedidos de remoção ou de transferência, quando efetuados pelo próprio interessado, Ministério Público, Procurador do Estado, Advogado, entidade religiosa ou seu representante, familiar ou pessoa que mantenha ou não qualquer vínculo com o adolescente infrator, deverão ser dirigidos ao Juiz Corregedor Permanente da entidade de atendimento onde aquele estiver custodiado que, uma vez deferido, será comunicado à Presidência da Fundação Casa para as providências necessárias.

internação provisória, seja para internação definitiva por prática de ato infracional (artigo 122, I e/ou II do Estatuto) ou por descumprimento de medida anteriormente imposta (artigo 122, III do Estatuto).

O Provimento estabelece as regras e delimita os aspectos operacionais da tramitação, bem como cuida das vagas disponibilizadas para remoção e as determinações de transferência.

## **Capítulo 5 – FASE PROCESSUAL - APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL**

### **1 - Considerações gerais**

Neste tópico, analisar-se-á a fase processual que se forma a partir da relação jurídicoprocessual, mediante exercício do regular direito de ação, para avaliar o contexto probatório e social do adolescente infrator, visando a aplicação de uma das medidas socioeducativas expressamente previstas no artigo 112 do Estatuto.

A peça fundamental para o exercício do regular direito de ação (socioeducativa) é a *representação* que deve, grosso modo, conter os mesmos requisitos mínimos para o exercício do direito de ação penal, muito embora ambas possuam fins distintos.

Para a sua propositura, não há necessidade de comprovação de prova plena acerca da autoria e materialidade, mas apenas a demonstração de indícios de autoria e materialidade (artigo 182, parágrafo 2º, do Estatuto).

Com efeito, ainda que se considere o sentido aflitivo e de restrição de direitos ou de liberdade em relação à infração, não se busca, a rigor, punição ou retribuição com o processo socioeducativo, mas essencialmente a ressocialização e reeducação do adolescente.

---

§ 2º - Considera-se remoção todo pedido que envolva o deslocamento de adolescente custodiado em cadeia pública, ou congêneres, para entidades de atendimento; e transferência todo pedido que represente movimentação do adolescente entre as entidades de atendimento.

O que se objetiva é a aplicação de medida que se ajuste de maneira mais adequada ao seu perfil social e à natureza da conduta praticada, levando-se em conta a sua personalidade e o contexto em que está inserido.

Nessa etapa, devem ser observadas todas as garantias processuais constitucionais. O adolescente deve ter acesso à defesa técnica durante todo o processo, assim como deverão ser observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O adolescente, uma vez recebida a representação, será ouvido pela autoridade judicial (*audiência de apresentação*) que poderá, se o caso, conceder-lhe remissão como forma de suspensão ou extinção do processo ou prosseguir com o feito, em seus ulteriores termos (artigo 184, § 1º, do Estatuto).

Assim, caso não seja concedida a remissão, abrir-se-á oportunidade para apresentação de defesa prévia pelo defensor do adolescente, designando-se a data para audiência de instrução e julgamento. A audiência será concentrada, com a apresentação de alegações orais. Depois, deverá sobrevir sentença final.

Muito embora o Estatuto não mencione o número de testemunhas que poderão ser arroladas por cada parte, entende-se que o número seja o de cinco, em virtude da natureza concentrada do procedimento e da aplicação analógica do procedimento sumaríssimo, em virtude do disposto no artigo 152 do Estatuto.

No entanto, Murillo e Ildeara Digiácomo (2006) entendem ser possível que cada parte arrole o número de até oito testemunhas, respeitando o princípio da ampla defesa<sup>55</sup>.

Durante o curso do processo socioeducativo, consiste elemento de extrema valia a confecção de laudos sociais e psicológicos que orientem a aplicação da medida adequada ao adolescente.

Da sentença que julgar procedente ou improcedente a ação socioeducativa caberá recurso de apelação, no prazo de 10 dias.<sup>56</sup>

---

55 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, op. cit. p. 245.

56 Artigo 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo;

II - em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias;



## 2 – A Representação

### 2.1 – Requisitos e natureza

A representação deve conter um breve resumo dos fatos, de acordo com os requisitos do Código de Processo Penal e legislação complementar especial, uma vez que o ato infracional consiste em uma conduta típica e antijurídica, cometida por pessoa entre os 12 e 18 anos de idade. Quando houver, serão arroladas testemunhas, havendo previsão de sua propositura, na forma oral (artigo 182, § 1º, do Estatuto).

Quanto à sua natureza é *pública e incondicionada* e não há a *condição de procedibilidade* para a representação, nem se admite a iniciativa privada para o seu ajuizamento, mesmo nas hipóteses previstas no Código Penal. Isso porque, os objetivos do processo socioeducativo são diversos daqueles perseguidos no Código de Processo Penal.

## JURISPRUDÊNCIA

### Representação do ofendido

*EMENTA: APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE. Descabe a exigência de representação do ofendido nos procedimentos de apuração de ato infracional, porque o objetivo da medida socioeducativa é o da ressocialização e conseqüente reinserção do adolescente na comunidade. Trata-se de ação civil pública incondicionada, que será proposta independente da representação. A confissão da adolescente e o testemunho da vítima confirmam a autoria. Negaram provimento. (TJRS, Apelação Cível nº 70011335619, Relator: Des. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Julgado em 01/06/05).*

*EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. DESNECESSIDADE.*

---

*O instituto da representação (condição de procedibilidade nas ações penais públicas condicionadas) não se aplica ao procedimento que apura ato infracional praticado por adolescente. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. (STJ, RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS No 15.617 - GO; Ministro Paulo Medina; Sexta Turma; Julgado em 26/04/05).*

## **2.2 - Representação: Número de testemunhas**

O Estatuto da Criança e do Adolescente não especifica o número de testemunhas que devem ser ouvidas durante o processo socioeducativo.

Uma vez que se trata de processo célere, com previsão de audiência concentrada, inclusive com possibilidade de oferecimento de representação oral e, ainda, considerando a aplicação analógica do Código de Processo Penal, por força do artigo 152 do Estatuto, entende-se que o número máximo a ser arrolado por cada parte é de cinco testemunhas, com a ressalva acima estabelecida.

Ressalte-se, ainda, que no que for omissa a lei infanto-juvenil, aplicar-se-ão as normas previstas no procedimento sumaríssimo do Código de Processo Penal, que guarda maior relação de similitude com o procedimento previsto no Estatuto.

## **2.3 - Desnecessidade de prova pré-constituída**

A referência da lei à desnecessidade de prova pré-constituída<sup>57</sup>, no mais das vezes, tem gerado controvérsias aos operadores do direito, já que remete à idéia de ausência de lastro probatório mínimo, o que comprometeria, em tese, o oferecimento da própria representação que inicia a ação socioeducativa, já que esta requer indícios de autoria e materialidade.

---

<sup>57</sup> Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1º A representação será oferecida por petição, que conterà o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

§ 2º A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade.

O dispositivo deve ser interpretado pela desnecessidade de prova formal incontestada da materialidade, exigindo-se apenas início de prova. Isso porque, mormente considerando a celeridade que deve ser empreendida ao processo, nos casos de adolescentes internados provisoriamente – máximo de 45 dias –, o aguardo da produção de uma prova mais contundente, acerca da materialidade, poderia se transformar em óbice ao desenvolvimento da ação socioeducativa.

Não se deve concluir, por outro lado, que a desnecessidade de prova pré-constituída para o oferecimento da representação exima a sua exigência para o julgamento da ação socioeducativa, quando a sentença de mérito deverá ser proferida com observância em prova plena da materialidade.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Necessidade de prova material**

*TJSC – Apelação Criminal: APR 161201 SC 2003.016120-1*

*Processo: APR 161201 SC 2003.016120-1*

*Relator(a): Newton Janke*

*Julgamento: 09/03/2004*

*Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal*

*Publicação: Apelação Criminal n. , de Papanduva.*

*Parte(s):*

*Apelante: R. F. R.*

*Apelada: A Justiça, por seu Promotor*

*Ementa*

***ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. LESÃO CORPORAL LEVE. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA. CRIME DE DANO. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL. IMPRESCINDIBILIDADE.***

*1. A deflagração do procedimento para a apuração de ato infracional representado por delito de menor potencial ofensivo não se subordina à prévia representação da vítima ou de seus representantes legais.*

2. O instituto da prescrição penal aplica-se aos atos infracionais praticados por menores.

3. O oferecimento da representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade (art. 181, § 2º, ECA); entretanto, em se tratando de ato infracional que deixa vestígios, a imposição de medida sócio-educativa dependerá de prova técnica que comprove a existência do fato, tal como se dá, no âmbito do Juizado Especial, onde o exame de corpo de delito é dispensável desde que a materialidade "estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente" (art. 77, § 1º, Lei 9.099/95).

#### 4 - O recebimento

A lei não se refere ao recebimento da representação<sup>58</sup>.

Contudo, apesar da omissão legal, obviamente que a representação deve passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Cabe ao Juiz da Vara da Infância, tal qual se procede em um processo penal (ao apreciar-se o recebimento ou não de uma denúncia) e em um processo cível (ao apreciar-se a admissão ou não de uma inicial de ação civil) decidir se acolhe ou não a representação, decisão esta de natureza interlocutória.

Trata-se de decorrência do princípio do devido processo legal processual, afinal a lide somente será aceita se houver o recebimento da inicial.

É o que também entende Ferreira (2010):

*“pode ser rejeitada, assim a leitura da norma subentende que a mesma já foi recebida ou, absurdamente, que ao juiz não cabe fazer essa análise. Absurdamente, pois essa interpretação nega todos os postulados do estado de direito”*<sup>59</sup>.

A decisão obviamente deve ser fundamentada, inclusive no que se refere à manutenção da internação provisória, se expressamente requerida pelo membro do Ministério Público.

Considerando que a sistemática recursal do Estatuto segue a do Código de Processo Civil, em caso de rejeição da representação será cabível o recurso de apelação, pois a decisão equivalerá a uma decisão de extinção da ação sem apreciação de mérito.

---

<sup>58</sup> Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo. 59 Ferreira, Eduardo Dias de Souza, Liberdade Assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente – aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais, Fapesp – Educ, São Paulo, 2010, p. 208.

### **3 - A notificação do adolescente e responsável**

A lei não fala em citação como ocorre no processo civil e no processo penal.

Contudo, obviamente que isso não significa que o ato de ciência a respeito do teor da acusação não existe.

A lei fala em ciência do teor da representação<sup>60</sup>.

Portanto, a relação jurídico-processual consolidar-se-á com essa ciência do teor da representação que, em muitos Estados é formalizada por meio de mandado de cientificação ou notificação.

Já a requisição é ato destinado à unidade de internação para formalizar a necessidade de condução do adolescente ao ato judicial (audiência de apresentação).

Portanto, não se confunde com a cientificação do adolescente que é o ato que confere a ciência ao infrator a respeito da imputação que lhe fora feita na representação (com cópia desta para que possa ler, saber do que está sendo “acusado” e apresentar suas declarações sobre os fatos, além de poder se defender da forma que considerar pertinente).

Em assim sendo, a simples requisição do adolescente à unidade em que está internado não supre sua cientificação, tal qual ocorre com a requisição do réu preso e a citação do processo penal.

#### **3.1 - A não localização do adolescente**

Quando o adolescente não for localizado, há previsão de sobrestamento do feito até a sua efetiva localização para apresentação, expedindo-se mandado de busca e apreensão<sup>61</sup>.

---

60 Art. 184....

§ 1º O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado.

61 Art. 184....

A apresentação do adolescente, quando localizado, deve ser efetuada à autoridade judiciária. Nesse sentido, quando não for o caso de internação provisória, deve estar muito claro no mandado que a apresentação à autoridade deve ser *imediata*.

Não se deve confundir a busca e apreensão do adolescente com a internação provisória. Assim, o adolescente pode ser imediatamente liberado, após apreendido e ouvido pelo Juiz. Por outro lado, a busca e apreensão também pode servir para instrumentalizar a internação provisória.

### **3.2 - A não localização do adolescente, pai ou responsável**

Caso não sejam localizados os pais ou responsáveis, há previsão expressa da nomeação de curador especial<sup>62</sup>.

Contudo, a presença de advogado ou defensor público acompanhando o adolescente *supra a falta* de nomeação de curador especial.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Curador especial – pena de nulidade**

*TJRS - Apelação Cível: AC 70033932187 RS*

*Processo: AC 70033932187 RS*

*Relator(a): Claudir Fidelis Faccenda*

*Julgamento: 04/02/2010*

*Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível*

*Publicação: Diário da Justiça do dia 11/02/2010*

*Ementa*

---

§ 3º Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação.

62 Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.

....

§ 2º Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente.

*APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. NULIDADE. Não sendo os pais ou responsáveis localizados é obrigatória a nomeação de Curador Especial ao adolescente (art. 184, § 2º, do ECA). PRELIMINAR ACOLHIDA. NULIDADE DECRETADA. (Apelação Cível N° 70033932187, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 04/02/2010)*

### **3.3 - A possibilidade de condução coercitiva**

Na hipótese de o adolescente não comparecer espontaneamente, uma vez notificado para a audiência de apresentação, poderá ser conduzido coercitivamente, por oficial de justiça de confiança do juízo, o que não se confunde com a busca e apreensão relativa à não localização do adolescente.

### **3.4 – A requisição do adolescente internado**

Quando o adolescente estiver internado, deverá ser ele requisitado na unidade de internação – definitiva ou provisória – para que compareça à audiência de apresentação, sem prejuízo da notificação de seus pais ou responsável para que o acompanhe ao ato inicial do processo.

Como já visto acima, a requisição é ato destinado à unidade de internação para formalizar a necessidade de condução do adolescente ao ato judicial (audiência de apresentação) e não supre a necessidade de cientificação do adolescente a respeito do quanto contido na representação.

## **4 – Audiência de apresentação**

### **4.1 – Conceito**

Trata-se de ato jurisdicionalizado, privativo do juiz, inicial do processo socioeducativo, ocasião em que o adolescente deve ser interrogado acerca dos fatos.

Equivale ao ato judicial disposto no artigo 185 do Código de Processo Penal (interrogatório do acusado).

Além da oitiva e inquirição do adolescente são entrevistados os responsáveis legais do adolescente, inclusive para se perquirir a estruturação familiar e educacional e aferir qual medida será mais adequada ao adolescente.

Somente após a realização do ato de perquirição do adolescente e de seus pais ou responsáveis, ou seja, ao fim da audiência de apresentação, é que o juiz poderá avaliar:

- a) se entende ser o caso de concessão de remissão como forma de suspensão ou extinção do processo;
- b) se entende ser o caso de continuidade do procedimento para aplicação de medida socioeducativa por ocasião da edição de uma sentença de apreciação do mérito.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Ausência de Apresentação**

*EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DOS PAIS DO ADOLESCENTE. DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO CURADOR ESPECIAL. DEFESA NÃO-PREJUDICADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

*1. Não fica prejudicada a defesa do adolescente quando presente o defensor público, operador da defesa técnica, que acumula as funções de defensor e curador especial na audiência de apresentação. 2. Recurso especial conhecido e provido para afastar a nulidade e determinar o prosseguimento do feito no Tribunal de origem. (REsp. 912.049 – RS; Ministro Arnaldo Esteves Lima; Quinta Turma; Julgado em 19/03/09).*

## **4.2 – Início do processo**

Embora o Código de Processo Penal tenha sido alterado pela Lei nº 11.719/08, passando o interrogatório a ser realizado ao final do processo, entende-se que tal



disposição em nada alterou a realização da audiência de apresentação no início do processo socioeducativo.

Isso porque aplicável ao caso o princípio da especialidade e porque em virtude das peculiaridades do processo socioeducativo, ao final da audiência de apresentação o juiz pode decidir pela aplicação de remissão como forma de suspensão ou extinção do processo, o que pode ensejar o encerramento do feito, sem necessidade de audiência de instrução e julgamento.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Não aplicação da lei 11.719/08**

*STJ - HABEAS CORPUS: HC 154740 DF 2009/0230417-1*

*Processo: HC 154740 DF 2009/0230417-1*

*Relator(a): Ministro FELIX FISCHER*

*Julgamento: 02/03/2010*

*Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA*

*Publicação: DJe 26/04/2010*

*Ementa*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONALEQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO. SEMILIBERDADE.*

*I - Não se verifica nulidade pela ausência de aplicação do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP - com as alterações promovidas pela lei 11.719/08) em processamento de adolescente pela prática de ato infracional, pois o ECA estabelece rito fracionado. II - Destarte, não se verifica constrangimento ilegal na imposição da medida sócio-educativa de semiliberdade, se aplicada em observância ao disposto no art. 112, § 1º, da Lei nº 8.069/90 e atentando para as peculiaridades do caso concreto.*

*II - In casu, o magistrado, ao impor a medida sócio-educativa de semiliberdade, atentou-se para as peculiaridades do caso concreto, quais sejam, além de outras passagens do adolescente pela Vara da Infância e da Juventude, o fato de ter cometido ato infracional mediante grave ameaça à pessoa. Ordem denegada.*

*STJ - HABEAS CORPUS: HC 150847*

*Processo: HC 150847*

*Relator(a): Ministro NILSON NAVES*

*Julgamento: 02/02/2010*

*Publicação: DJe 09/12/2009*

*Decisão*

*HABEAS CORPUS Nº 150.847 - DF (2009/0203585-5)*

*RELATOR : MINISTRO NILSON NAVES*

*IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL*

*ADVOGADO : RUY CRUVINEL FILHO - DEFENSOR PÚBLICO*

*IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS*

*PACIENTE : W P DA S*

*DECISÃO*

*Processual Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Procedimento especial. Rito próprio. Lei nº 11.719/2008. Art. 399, § 2º, do CPP. Princípio da identidade física do juiz. Não incidência. Princípio do pas de nullité sans grief. Ausência de demonstração de efetivo prejuízo ao paciente. Ordem denegada.*

*1. Com a introdução da Lei nº 11.719/2008 no nosso ordenamento jurídico, que alterou o art. 399, § 2º, do CPP, o princípio da identidade física do juiz – segundo o qual o magistrado que colhe a prova se vincula ao julgamento da causa – passou a ser aplicado ao Direito Processual Penal.*

*2. O art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a aplicação da legislação processual penal ao direito do menor ocorre de forma subsidiária.*

*3. O rito próprio da legislação menorista, por seu fracionamento, não se coaduna com a aplicação do princípio da identidade física do juiz.*

*4. Na seara processual penal, vigora o princípio do pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que seja demonstrado efetivo prejuízo para a parte, não tendo o impetrante logrado demonstrar qualquer gravame para o menor.*

*5. Ordem denegada." (HC-135.496, Ministro Og Fernandes, DJe 19.10.09).*

#### **4.3 – Opinião de profissional qualificado**

A avaliação de assistentes técnicos e psicólogos deve ser realizada durante o processo, a fim de oferecer condições técnicas a respeito de qual a medida mais adequada ao adolescente.

Muito embora o artigo 186, *caput*<sup>63</sup> dê a impressão de que tais profissionais serão ouvidos quando da realização da audiência de apresentação, na prática, os estudos técnicos são empreendidos após a apresentação do adolescente ao juiz, constituindo elementos de extrema valia para a aferição da medida adequada ao adolescente.

Conquanto seja elemento de elevada serventia ao magistrado para balizar a aplicação da medida socioeducativa, sua conclusão não é vinculante, pois vigente o princípio do livre convencimento motivado.

Desse modo, em caso de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência, concluindo o laudo pela aplicação de medida em meio aberto, ainda assim pode o magistrado aplicar a medida mais grave, levando em consideração a gravidade do ato infracional ou outros elementos de prova que indiquem que uma medida diversa da sugerida se adequa de forma mais precisa ao perfil do adolescente.

Por fim, pelas mesmas razões, a ausência do laudo não impede seja o feito sentenciado e aplicada ao adolescente quaisquer das medidas socioeducativas previstas no Estatuto.

#### **4.4 – Remissão judicial**

Outra possibilidade de remissão é a judicial. Nessas hipóteses são levadas em conta a natureza do ato infracional, a personalidade do adolescente, seus antecedentes, seu histórico e as consequências do fato. Poderá o juiz conceder a remissão como forma de suspensão ou extinção do processo. Para a concessão de tal ato, necessária a prévia oitiva do representante do Ministério Público.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup>Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

<sup>64</sup> Art. 186.....

§ 1º Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão.

Caso o Ministério Público não concorde com a remissão judicial, poderá interpor recurso de apelação e não o de agravo, uma vez que se trata de decisão que coloca fim ao processo.<sup>65</sup>

Em termos práticos, caso o representante do Ministério Público entenda ser possível a concessão de remissão como forma de suspensão do processo, deve já requerer, quando do oferecimento da representação, que seja designada audiência de apresentação para data próxima (evitando que o decurso do tempo torne a medida inócua) e sugira qual ou quais medidas socioeducativas entende devam ser cumuladas com a remissão, o que se analisará adiante.

Entende-se inadequada a utilização do instituto da remissão como forma de suspensão ou extinção do processo após a realização da audiência de continuação (de oitiva de testemunhas).

É que em tal etapa apenas terá o condão de evitar a edição de uma sentença de apreciação de mérito, muito mais útil para o caso de descumprimento, por parte do adolescente, das medidas porventura cumuladas com a remissão, afinal poderá haver a aplicação do artigo 122, III do Estatuto (internação-sanção).

Em outras palavras, se a instrução processual se consumir por inteiro, bastando apenas o lançamento da sentença, não haverá fundamento logicoprocessual para aplicação da remissão como forma de suspensão ou extinção do processo, interpretação sistemática que se depreende da leitura dos artigos 186, § 4º e 188, ambos do Estatuto.

#### **4.5 – Cumulação de medidas com a remissão**

Mesmo nas hipóteses de remissão judicial, é possível que o juiz aplique quaisquer das medidas previstas no artigo 112 do Estatuto, exceto aquelas que impliquem restrição de liberdade ao adolescente.

De qualquer forma, sempre deverá ouvir o Ministério Público.

---

65 ISHIDA, op. citada, p. 310, assentando seu entendimento em precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo: Ag. Inst. 15.299-0/8 – Câmara Especial – Rel. Des. Torres de Carvalho – v.u. em 22/10/92 e Ag. Inst. 15302-0/3 – Câmara Especial – Rel. Des. Cunha Camargo – v.u. 21/01/93).

Em termos práticos, entende-se que o Ministério Público deve sugerir que o juiz aplique medida cumulada com a remissão como forma de *suspensão* do processo, o que possibilitará a reabertura do processo socioeducativo, caso o adolescente não venha a cumprir as medidas impostas, o que sabidamente não poderá ocorrer em caso de remissão cumulada com medidas, mas na forma de extinção do processo.

#### **4.6 – Da remissão judicial a pedido do Ministério Público**

Uma boa estratégia para se trabalhar em relação ao adolescente em conflito com a lei nos casos de menor gravidade é oferecer a representação e, na oportunidade da apresentação, pleitear-se a concessão da remissão como forma de suspensão do processo, condicionando-a ao cumprimento de medidas socioeducativas não privativas de liberdade.

Nessas hipóteses, caso seja aceita e homologada a remissão, inicia-se a execução das medidas socioeducativas. Caso haja cumprimento, extinguir-se-á o feito de acompanhamento das medidas (apenso ou não ao processo de conhecimento) e, conseqüentemente a ação socioeducativa.

Caso as medidas socioeducativas não sejam cumpridas, levanta-se a suspensão da ação.

O processo de conhecimento seguirá com a designação de audiência em continuação<sup>66</sup> (audiência de instrução e julgamento) e ao final, permitirá ou não a imposição de quaisquer das medidas socioeducativas previstas no Estatuto.

No entanto, se no decorrer da execução das medidas socioeducativas impostas ocorrer o descumprimento, será possível a aplicação do artigo 122, III, com a imposição da internação sanção.

---

66 Art. 186.

§ 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

## JURISPRUDÊNCIA

### Remissão concedida pelo juiz diretamente/ cumulada com medidas socioeducativas/ necessidade de oitiva do Ministério Público

*EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - SENTENÇA CONCESSIVA DE REMISSÃO EXTINTIVA C/C MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LIBERDADE ASSISTIDA - NÃO-OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO MENOR INFRATOR E DE SEU REPRESENTANTE LEGAL - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DA DECISÃO. (TJMG, APELAÇÃO CRIMINAL No 1.0024.07.350128-0/001, Relator: Des. Delmival de Almeida Campos, Julgado em 13/02/08).*

*EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DE REMISSÃO PELO JUÍZO SINGULAR. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PROSSEGUIMENTO REGULAR DO FEITO. ARTS. 227 DA CF E 4o DO ECA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.*

*1. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).*

*2. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6o), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1o), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2o, caput).*

*3. Mostra-se prematuro o deferimento da remissão, em razão da natureza do delito, bem como pelo fato de o menor ter se envolvido com o tráfico, o que revela a fragilidade em que se encontra no contexto familiar e social. 4. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS No 139.950 – SP; Ministro Arnaldo Esteves Lima; Quinta Turma; Julgado em 13/12/09).*

#### 4.7 – Nomeação de defensor

Segundo previsão específica do Estatuto, caso o ato infracional seja de gravidade e aponte a necessidade de aplicação judicial de medida por sentença, tornando inviável a remissão ante a ausência de seus requisitos, o juiz nomeará advogado para empreender a defesa do adolescente e acompanhá-lo nos demais atos do processo<sup>67</sup>.

Nesse sentido, é de se esclarecer que a nomeação de defensor é necessária em qualquer hipótese, e não somente em caso de imposição de medida mais severa, como trazido no art. 186, § 2º. Trata-se de direito fundamental e constitucional à ampla defesa, que envolve a defesa técnica.

Em outras palavras, a defesa técnica é indispensável após o recebimento da representação – com a deflagração do processo socioeducativo.

Contudo, em razão da expressa previsão do artigo 186, § 2º do Estatuto há julgados no sentido de somente entender obrigatória a nomeação de advogado para o adolescente após a audiência de apresentação.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Ausência de defensor**

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE. Na fase policial, a ausência de defensor ou da genitora, não representa nulidade, pois se trata de mera irregularidade que foi sanada na fase processual, quando o adolescente esteve assistido. a autoria é cristalina. O adolescente tem outros envolvimentos infracionais, todos na seara da traficância, confessou claramente como agia, o que vendia e por quanto. Assim, mostra-se desnecessária a realização d exame toxicológico. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL Nº 70018384800, RELATOR: DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 11/04/07).*

*EMENTA: MENOR - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE AMEAÇA - ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL - AUSÊNCIA DE DEFENSOR NO*

---

<sup>67</sup> Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

....

§ 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.

*INTERROGATÓRIO - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - FALTA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA - CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE QUE SE REFERE À AÇÃO PENAL, E NÃO AO PROCEDIMENTO ESPECIAL - PRELIMINARES REJEITADAS - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA - ADEQUADA PARA O CASO DOS AUTOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO.- A ausência de defensor na audiência de apresentação não constitui nulidade absoluta, haja vista não ser exigida pelo art. 186 do ECA, sendo necessária, ainda, a comprovação do prejuízo, o que não restou demonstrado no caso dos autos;- A representação da vítima nos crimes de ameaça constitui condição de procedibilidade para a Ação Penal relativa a tais delitos, inexistindo referida condição para os procedimentos especiais para apuração de atos infracionais;- Se o conjunto fático probatório é suficiente para demonstrar as condutas descritas na denúncia, deve ser mantida a medida socioeducativa imposta ao menor infrator;- As circunstâncias nas quais foi praticada a infração, sua gravidade e as condições pessoais do adolescente infrator justificam a imposição de medida socioeducativa de liberdade assistida, demonstrando-se ineficaz, no caso, a medida de advertência do artigo 112, I, do ECA;- Recurso não provido. (TJMG, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0016.05.051081-3/001, Relator: Des. José Antonino Baía Borges, Julgado em 14/02/08).*

#### **4.8 – Defesa prévia e rol de testemunhas**

A defesa prévia com o rol de testemunhas deve ser apresentada no prazo de três dias contados da realização da audiência de apresentação. O prazo é processual. É a peça que gera a oportunidade de apresentação de rol de testemunhas, sob pena de preclusão consumativa.

Não se trata de peça fundamental ao processo, sendo a sua não apresentação mera irregularidade, ausente qualquer alegação de presunção de prejuízo.

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **Defesa prévia/ intempestividade**

*TJMA - APELAÇÃO CÍVEL: AC 22902008 MA*

*Processo: AC 22902008 MA*



*Relator(a): JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF*

*Julgamento: 12/12/2008*

*Órgão Julgador: HUMBERTO DE CAMPOS*

*Ementa*

*PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. APELAÇÃO. AÇÃO SÓCIO-EDUCATIVA. ATO INFRACIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LEGÍTIMA DEFESA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.*

*I - Apresentada intempestivamente a defesa prévia não há que se falar em cerceamento de defesa.*

*II - Compete ao representado o ônus da prova da legítima defesa, não o fazendo a mesma deve ser afastada, em especial quando demonstrada a desproporcionalidade do ato.*

*III - Comprovadas, através dos elementos probatórios dos autos, a materialidade e a autoria do ato infracional tipificados na lei penal como homicídio qualificado, deve ser mantida a sentença que aplicou a medida sócio-educativa de internação ao adolescente infrator.*

*IV - As medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente têm natureza pedagógica, objetivando sempre a reeducação e ressocialização do infrator. Cabe ao juiz apreciar a gravidade do ato, o grau de reprovabilidade da conduta e aspectos pessoais do adolescente, tais como seu comportamento social, antecedentes e personalidade.*

*V - Afigura-se correta a aplicação da medida socioeducativa de internação ao adolescente que tenha praticado o ato infracional análogo ao homicídio, em consonância com o disposto no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*VI - Apelo improvido.*

*TJRS - Habeas Corpus: HC 70045331808 RS*

*Processo: HC 70045331808 RS*

*Relator(a): Jorge Luís Dall'Agnol*

*Julgamento: 09/11/2011*

*Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível*

*Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2011*

*Ementa*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO. REABERTURA DE PRAZO PARA DEFESA PRÉVIA. INÉRCIA DO DEFENSOR ANTERIOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. HABEAS CORPUS DENEGADO.*

*(Habeas Corpus Nº 70045331808, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 09/11/2011)*

#### **4.9 – Audiência em continuação**

Nesta audiência serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, seguindo-se depois os debates entre as partes. Primeiro fala o representante do Ministério Público e depois a defesa. Vinte minutos para cada um, prorrogáveis por mais dez minutos, em caso de necessidade. Há previsão édito oral da sentença. Há menção expressa no texto da lei da juntada de relatório da equipe interprofissional<sup>68</sup>.

#### **4.10 – Possibilidade de conversão em memoriais**

É possível que os debates orais sejam convertidos em memoriais, desde que o encerramento da instrução ainda dependa da necessária juntada de laudos (v.g. exame químico-toxicológico) ou o relatório da equipe interprofissional.

Vale consignar que a ausência deste último não implica a necessidade imperativa de conversão dos debates em memoriais, uma vez que o livre convencimento do magistrado permite que fundamente sua decisão em outros elementos contidos nos autos.

Importante frisar contudo que, caso esteja ausente um laudo que se refira à comprovação da própria existência da materialidade do ato infracional (v.g. laudo necroscópico), mister se faz a conversão dos debates orais em memoriais.

---

68Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

....  
§ 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

#### 4.11 – A sentença escrita

Na prática, muito embora não haja previsão legal expressa, tem sido admitida sentença escrita, *a posteriori*, em casos de alta complexidade ou diante do excesso de audiências e horário de encerramento dos trabalhos forenses.

Importante frisar que somente situações excepcionais devem justificar que a sentença não seja lançada no imediato momento da audiência, e não a simples conveniência do magistrado.

#### 4.12 – Ausência em continuação (audiência de instrução e julgamento)

Em situações isoladas na prática forense para apuração de ato infracional, já se deixou de efetuar a produção de prova oral, desistindo as partes da oitiva de testemunhas quando confesso o adolescente em audiência de apresentação.

Nessas hipóteses, caso fosse aplicada a medida em meio aberto, se houvesse o descumprimento por parte do adolescente, dar-se-ia ensejo à aplicação da internação-sanção, amparada por um título executivo judicial. Mais uma vez albergava-se, por via transversa, a aplicação de medidas restritivas de liberdade ao adolescente, sem ter-lhe sido garantido o devido processo legal e a ampla defesa.

Tal ordem de coisas levou o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula nº 342<sup>69</sup>, a qual dispõe acerca da impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa, sem a necessária e devida instrução do processo.

Essa decisão veio resguardar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório<sup>70</sup>.

---

69 STJ Súmula nº 342 - 27/06/2007 - DJ 13/08/2007 - Procedimento para Aplicação de Medida Sócio-Educativa - Nulidade - Desistência de Provas em Face da Confissão do Adolescente “No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.”

70 MORAES, Bianca Mota e RAMOS, Helane Vieira, op. citada, p. 823 sustentam posição contrária, no sentido de que, caso não haja remissão, caso haja concordância das partes quanto à dispensa da prova e “não sendo o ato passível de aplicação de medida restritiva de liberdade, poderá o julgamento ser proferido desde logo”.

## JURISPRUDÊNCIA

### Ausência de Instrução

*EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO TENTADO. SEMILIBERDADE. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRACIONAL. INTERNAÇÃO. CONFISSÃO. DESISTÊNCIA DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

*O direito ao contraditório e à ampla defesa são consagrados no texto constitucional.*

*A confissão da prática de ato infracional não exime o juiz de colher outras provas - busca da verdade real -.*

*O direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o Acusado, seu Advogado ou o Ministério Público.*

*WRIT CONCEDIDO para anular a decisão que estabeleceu a internação do adolescente, determinando-se que o mesmo retorne ao cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade. (HABEAS CORPUS No 38.920 – SP; Ministro Paulo Medina; Sexta Turma; Julgado em 17/02/05).*

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL. REPRESENTAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. JULGAMENTO ANTECIPADO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO.*

*Ainda que o sistema recursal adotado aos casos afetos ao Estatuto da Criança e do Adolescente seja o preconizado pelo Código de Processo Civil, inviável a aplicação à espécie do disposto no art. 330, I, do mencionado diploma legal.*

*Verificado que a representação atende ao determinado pelos §§ 1º e 2º do art. 182 do ECA, não há por que perquirir a respeito do valor do bem subtraído. Desconstitui-se a sentença de rejeição da representação oferecida contra o adolescente, a qual deve ser recebida, a fim de que seja dado prosseguimento ao feito. Precedentes. (TJRS, Apelação Cível nº N° 70025117680, Relator: Des. José S. Trindade, Julgado em 15/07/08).*

#### **4.13 – Hipóteses de não aplicação de medida**

O artigo 189 do Estatuto elenca as hipóteses em que não será aplicada medida socioeducativa ao adolescente:

- 1) estar provada a inexistência do fato;
- 2) não haver prova da existência do fato;
- 3) não constituir o fato ato infracional e;
- 4) não existir prova de ter o adolescente concorrido para a prática do ato infracional.

Obviamente que as demais causas previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal devem também ser aplicadas, inclusive aquelas acrescentadas pela Lei nº 11.690/08.

Cabível ainda lembrar das hipóteses previstas no artigo 181 do Código Penal.

Nesses casos, estando o adolescente internado, será imediatamente liberado.

#### **4.14 – Intimação da sentença**

A intimação da sentença, cuja medida imponha privação de liberdade, será sempre feita na pessoa do representado e de seu defensor, salvo quando o adolescente não for encontrado<sup>71</sup>.

No caso das outras medidas socioeducativas, basta que a intimação recaia sobre o seu defensor. Quando o adolescente for intimado pessoalmente deve manifestar-se se pretende recorrer ou não.

Sempre será levada em consideração a vontade do adolescente em recorrer.

No entanto, mesmo que ele não manifeste o desejo de recorrer e seu defensor o faça, entende-se que o interesse em recorrer deve sempre prevalecer, com base no postulado da ampla defesa, aqui incluída a defesa técnica.

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **Intimação da sentença**

<sup>71</sup> Art. 190. A intimação da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semi-liberdade será feita:

I - ao adolescente e ao seu defensor;

II - quando não for encontrado o adolescente, a seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor.

*TJPR - Habeas Corpus - ECA: HC 6081105 PR 0608110-5*

*Processo: HC 6081105 PR 0608110-5*

*Relator(a): Lilian Romero*

*Julgamento: 03/09/2009*

*Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal*

*Publicação: DJ: 240*

*Ementa*

*HABEAS CORPUS. ECA. PACIENTE REPRESENTADO PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL CORRESPONDENTE A ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO, POR MEIO DE SENTENÇA. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADOLESCENTE, ASSIM COMO DA CONSULTA QUANTO AO SEU INTERESSE EM RECORRER. INFRINGÊNCIA DO ART. 190, INCISO I E § 2º DO ECA. TRÂNSITO EM JULGADO AFASTADO. INTIMAÇÃO PESSOAL NECESSÁRIA PARA EVENTUAL INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS PREJUDICADAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.*

*TJDF - APE: 78352620078070001 DF 0007835-26.2007.807.0001*

*Processo: 78352620078070001 DF 0007835-26.2007.807.0001*

*Relator(a): MARIO MACHADO*

*Julgamento: 02/07/2009*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal*

*Publicação: 04/09/2009, DJ-e Pág. 185*

*Ementa*

*ECA. ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DECISÃO DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO À APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. MENOR INTIMADO DA SENTENÇA. MANIFESTAÇÃO DO DESEJO DE RECORRER. SISTEMA RECURSAL. PROCESSO CIVIL E PENAL. RECURSO PROVIDO. de fato, o art. 198, caput, do ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE estabelece que o rito recursal nos procedimentos da justiça da infância e da juventude é o do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, com as adaptações de seus incisos I a VIII. Contudo, em se tratando de apuração de ato infracional, certo que o rito processual é muito mais semelhante ao do sistema*

*processual penal do que ao do processo civil, vez que, nos dois primeiros, é possível o cerceamento da liberdade, há obrigatoriedade de defesa técnica, prevalece a busca da verdade real e as regras de intimação da sentença são semelhantes. no processo civil, a intimação da sentença é obrigatória apenas ao advogado, enquanto nas sentenças em que se aplica medida socioeducativa de internação ou de semiliberdade, tanto o adolescente quanto o advogado devem ser intimados, conforme ordena o art. 190, I, do ECA. determina, ainda, o § 2º do mesmo artigo que "recaindo a intimação na pessoa do adolescente, deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença." Não há previsão semelhante no CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. E não é só. o art. 152 da lei n. 8.069/90 É expresso no sentido de que "aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente." Irrefutável que a interpretação das regras do estatuto menorista deve atender aos interesses do menor, com o devido acolhimento das regras do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, quando mais benéficas ao adolescente, como no caso, onde houve aplicação de medida constritiva de liberdade ao menor, que manifestou desejo de recorrer no mesmo momento em que tomou ciência da sentença. Nesse quadro, deve ser aplicada subsidiariamente a lei processual penal, que admite a interposição de recurso pelo condenado por termo nos autos, com apresentação das razões pelo defensor. Se assim é no processo penal comum, com maior razão deve ser quando se trata de recurso contra sentença que aplica medida de internação ao adolescente, a quem devem ser garantidos todos os meios de defesa. Recurso provido para dar seguimento à apelação.*

### **Desejo em recorrer**

*TJPR - Habeas Corpus - ECA: HC 4090662 PR 0409066-2*

*Processo: HC 4090662 PR 0409066-2*

*Relator(a): Waldomiro Namur*

*Julgamento: 21/06/2007*

*Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal*

*Publicação: DJ: 7406*

*Ementa*

*HABEAS CORPUS - ECA - PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ART. 157, § 2º, I e II, CP - IRREGULARIDADE DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA QUE CONDENOU O MENOR À MEDIDA DE INTERNAÇÃO - ART. 190, § 2º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO ACERCA DA MANIFESTAÇÃO DO ADOLESCENTE QUANTO AO SEU DESEJO, OU NÃO, DE RECORRER DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - INCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO - ABERTURA DE NOVO PRAZO PARA A COLHEITA DA*

*MANIFESTAÇÃO DO MENOR E EVENTUAL INTERPOSIÇÃO DE RECURSO.  
ORDEM CONCEDIDA.*

#### **4.15 – Admissão de assistente de acusação**

Considerando tratar-se de lei especial que não prevê expressamente a possibilidade do assistente de acusação, não há que se falar em cabimento da possibilidade de tal intervenção.

Aliás, a natureza do processo para aplicação da medida socioeducativa é de obter a ressocialização e a reeducação do adolescente em conflito com a lei.

Portanto, a condenação do adolescente terá por fim sua socioeducação, e não a formação de título executivo que permita a responsabilização civil, para fins pecuniários, do adolescente.

Por fim, de ressaltar que já existe a previsão de aplicação de medida de reparação de dano, de modo que, em caso de viabilidade, o juiz poderá impor tal medida ao adolescente que, caso possua emprego e aufera renda, deverá ser obrigado a reparar o dano causado.

Contudo, Moraes e Ramos (2010) defendem a possibilidade da intervenção de interessados, calcada na previsão constante no artigo 206 do Estatuto de que “qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução de demanda em curso no Juízo da infante-juvenil poderá intervir no procedimento”<sup>72</sup>.

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **Assistente de acusação/ impossibilidade**

*STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1044203 RS 2008/0069408-2*

*Processo: REsp 1044203 RS 2008/0069408-2*

*Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA*

---

<sup>72</sup> MORAES, Bianca Mota e RAMOS, Helane Vieira, op. citada, p. 826.



*Julgamento: 19/02/2009*

*Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA*

*Publicação: DJe 16/03/2009*

*Ementa*

*ATO INFRACIONAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*

*1. A Lei 8.069/90, em seu art. 198 (capítulo referente aos recursos), prevê a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil, motivo pelo qual não cabe estender a aplicação dos arts. 268 a 273 do Código de Processo Penal, que trata da figura do assistente da acusação, ao procedimento contido no ECA.*

*2. "Considerando o caráter de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual não há qualquer referência à figura do assistente da acusação, ele é parte ilegítima para interpor recurso de apelação, por falta de previsão legal" (REsp 605.025/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 21/11/05).*

*3. Recurso especial desprovido*

*TJSC - Agravo de Instrumento: AI 58748 SC 2002.005874-8*

*Processo: AI 58748 SC 2002.005874-8*

*Relator(a): Solon d'Eça Neves*

*Julgamento: 22/10/2002*

*Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal*

*Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Blumenau.*

*Parte(s):*

*Agravante: M. F.*

*Agravado: R. L. X. G.*

*Interessado: Representante do Ministério Público*

*Ementa*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATO INFRACIONAL - MENOR - INCABÍVEL A CONCESSÃO DE ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PERANTE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA - RECURSO PROVIDO*

### Assistente de acusação/ admissibilidade

*TJDF - APE: 18273820048070001 DF 0001827-38.2004.807.0001*

*Processo: 18273820048070001 DF 0001827-38.2004.807.0001*

*Relator(a): EDSON ALFREDO SMANIOTTO*

*Julgamento: 19/04/2007*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal*

*Publicação: 27/06/2007, DJU Pág. 76 Seção: 3*

#### *Ementa*

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO. MENOR. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ECA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO MANTIDA. OS PAIS OU RESPONSÁVEL, E QUALQUER PESSOA QUE TENHA LEGÍTIMO INTERESSE NA SOLUÇÃO DA LIDE PODERÃO INTERVIR NOS PROCEDIMENTOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PODENDO INCLUSIVE ATUAREM COMO ASSISTENTES DE ACUSAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA.*

## **Capítulo 6 – O SISTEMA RECURSAL**

### **1 – Considerações Preliminares**

O sistema recursal adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente guarda relação com o Código de Processo Civil, uma vez que a opção está expressa na própria lei.

Tal assertiva gera certa perplexidade, pois, por se tratar de ato infracional, melhor seria a aplicação das regras do Código de Processo Penal, diante até mesmo da disposição do artigo 152 do Estatuto.

Considerando os princípios da prioridade absoluta e a doutrina da proteção integral, os recursos serão admitidos independentemente de preparo e terão preferência no julgamento, sendo desnecessária a presença de revisor<sup>73</sup>.

## **2 – Prazos**

O prazo para todos os recursos será o de 10 (dez) dias, inclusive o do agravo de instrumento (em razão da reforma processual civil promovida pela Lei Federal n. 9.139/95 que ampliou o prazo de tal recurso, de 5 para 10 dias).

A única exceção se refere ao prazo dos embargos de declaração que deverão observar o prazo previsto no Código de Processo Civil. Com igual razão, pela sistemática do CPC (art. 188), o prazo para o Ministério Público e para a Defensoria Pública recorrer será computado em dobro.

## **3 – Juízo de retratação**

O sistema recursal do Estatuto impõe o juízo de retratação acerca das decisões proferidas pelo juiz de primeira instância. Tal juízo deve ser empreendido de forma solene pelo magistrado, atendendo aos imperativos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Se a decisão for mantida os autos subirão à superior instância automaticamente<sup>74</sup>. Se houver reforma, necessário pedido expresso da parte interessada para que os autos subam.

---

<sup>73</sup> Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo;

II - em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias;

III - os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor

<sup>74</sup> Art. 198. ...

VII - antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias;

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Juízo de retratação/ revogação**

*TJDF - APE: 43802420058070001 DF 0004380-24.2005.807.0001*

*Processo: 43802420058070001 DF 0004380-24.2005.807.0001*

*Relator(a): SÉRGIO ROCHA*

*Julgamento: 17/05/2007*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal*

*Publicação: 26/09/2007, DJU Pág. 108 Seção: 3*

#### *Ementa*

*APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE MEIO CRUEL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA - REFORMA EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO - DECISÃO CASSADA - INTERNAÇÃO.*

*1. PRATICADO ATO INFRACIONAL GRAVE (HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE MEIO CRUEL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA - CP 121 § 2º III E VI), NÃO SENDO PROPÍCIAS AS CONDIÇÕES SOCIAIS E PESSOAIS DO ADOLESCENTE, REVOGA-SE A DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, RESTABELECENDO, NA ÍNTEGRA, A R. SENTENÇA DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO AO ADOLESCENTE.*

*2. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO.*

### **Juízo de retratação/ perda de objeto do recurso**

*TJDF - APE: 42682620038070001 DF 0004268-26.2003.807.0001*

*Processo: 42682620038070001 DF 0004268-26.2003.807.0001*

*Relator(a): APARECIDA FERNANDES*

---

VIII - mantida a decisão apelada ou agravada, o escrivão remeterá os autos ou o instrumento à superior instância dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente; se a reformar, a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.

*Julgamento: 04/10/2007*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal*

*Publicação: 30/04/2008, DJ-e Pág. 136*

*Ementa*

*PENAL. PROCESSUAL. APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RETRATAÇÃO. PERDA DO OBJETO. RECURSO PREJUDICADO. O RECONHECIMENTO DA PERDA DO OBJETO DO RECURSO MINISTERIAL É DE RIGOR, QUANDO, APÓS A SUA INTERPOSIÇÃO, O MM. JUIZ SE RETRATA ACOLHENDO A PRETENSÃO RECURSAL. RECURSO PREJUDICADO. UNÂNIME.*

#### **4 – Efeitos do recurso**

Questão importante a respeito dos efeitos dos recursos se deu com a revogação do inciso IV, do artigo 198, pela Lei nº 12.010/09, que previa que a apelação seria recebida sempre no efeito devolutivo.

Ora, se tal assertiva fosse verdadeira, na sentença em que fosse aplicada a internação ao adolescente, em sendo recebido o recurso em seu efeito suspensivo, este seria imediatamente colocado em liberdade.

Não se mostra razoável tal entendimento.

Se é bem verdade que a Lei nº 12.010/09 revogou o artigo 198, VI, do Estatuto, devendo ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil, o certo é que o caso se amolda à exceção prevista no artigo 520, VII dessa lei processual quanto aos efeitos de recebimento da apelação (apenas no devolutivo).

Isso porque, no momento em que é deferida a internação provisória do adolescente há verdadeira antecipação dos efeitos da tutela socioeducativa, posteriormente confirmada em sentença final que decreta a internação.

Dai se deflui que a apelação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Tal raciocínio decorre de uma interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente com a legislação processual que se lhe aplica subsidiariamente, por força do artigo 152 da Lei 8.069/90.

Ao demais, a internação provisória preenche, sim, os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, uma vez que a verossimilhança do fato envolve a caracterização do tipo infracional/penal e a irreparabilidade do dano ou sua difícil reparação, da necessidade de proteção da ordem social e do próprio adolescente, em virtude da gravidade do ato por ele cometido.

Isso porque o objeto da Lei nº 12.010/09 era a alteração sistemática dos processos atinentes ao instituto da adoção, matéria de cunho exclusivamente civil.

Não há, em nenhum artigo da aludida lei, a intenção ou a menção de alteração de instituto relativo à prática de ato infracional cometido por adolescente, por se tratar de matéria estranha ao seu objetivo. Por imprecisão técnica e inadvertidamente, o legislador revogou a regra geral da devolução dos recursos de apelação, sem atentar aos reflexos de tal postura no âmbito infracional.

Tanto que é inegável a semelhança entre o instituto da internação provisória com o instituto da prisão preventiva, como já explicitado no presente trabalho.

Como pontuado no artigo 121, *caput*, do Estatuto<sup>75</sup>, a internação é orientada pelo princípio da brevidade e, justamente por isso, busca-se iniciar o processo socioeducativo com a maior celeridade possível, buscando celeridade na eventual aplicação da medida socioeducativa.

Dessa forma, de pouco ou nada valeria a aplicação de uma medida socioeducativa depois do curso do processamento de um recurso, quando o adolescente já tivesse alcançado a maioridade, nem a medida teria a efetividade pretendida.

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a regra da suspensão dos efeitos recursais não atende aos interesses e a sistemática em relação à normatização dos recursos em relação aos adolescentes em conflito com a lei, devendo prevalecer o entendimento de que a apelação nos casos que envolvam a prática de ato infracional deve ser recebida somente no efeito devolutivo.

## **JURISPRUDÊNCIA**

---

<sup>75</sup> Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

**Efeito devolutivo do recurso/ não aplicação da alteração do art. 198 do ECA pela Lei 12.010/09**

*TJSP – Agravo de Instrumento n° 990.10.113697-0 –*

*Duplo Efeito no Sistema Recursal – Alteração da Lei n. 12.010/09 - Estatuto da Criança e do Adolescente – Insurgência contra decisão que não concedeu efeito suspensivo à apelação, a despeito de a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, impor, indiretamente, a aplicação subsidiária das regras recursais do Código de Processo Civil. Inadmissibilidade. Inovação legislativa adstrita tão somente ao instituto da adoção. Interpretação extensiva aos atos infracionais em evidente desarmonia aos preceitos básicos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, ausente o risco de dano irreparável ao menor, a justificar o deferimento excepcional do pretendido efeito suspensivo à apelação. Agravo de instrumento não provido. (TJ/SP - Agravo de Instrumento n. 990.10.113697-0, São Paulo - Câmara Especial – j. em 08/11/10, Rel. Des. Decano REIS KUNTZ).*

*HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR*

*PROCESSO No 2010.3.002623-6*

*IMPETRANTES: Defs. Pubs. Stella Maria Lobato Silva Carvalho e Keyla Carvalho de Albuquerque Oliveira*

*IMPETRADO: Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Currálinho*

*PACIENTE: Basílio Pantoja de Oliveira*

*PROCURADOR DE JUSTIÇA: Dr. Pedro Pereira da Silva*

*RELATORA: Des. Vania Fortes Bitar*

*Ementa: Habeas corpus liberatório com pedido de liminar Estatuto da Criança e do Adolescente - Ato infracional equiparado a homicídio Sentença de primeiro grau que impõe medida sócio-educativa de internação ao adolescente que respondeu em liberdade ao procedimento de apuração do referido ato infracional Determinação de cumprimento imediato Apelação Efeito meramente devolutivo antes previsto no art. 198, inciso VI, do ECA revogado pela Lei no 12.010/09, que não dispôs sobre a matéria Interpretação sistemática entre o ECA e o CPC Aplicação do disposto no art. 520, caput, do CPC, que estabelece, como regra, o duplo efeito do apelo Conquanto se reconheça que o sistema recursal adotado pelo ECA seja aquele previsto no CPC, mostra-se razoável que os princípios inspiradores das recentes alterações da legislação processual penal pela Lei no 11.719/08, quais sejam, o da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, se estendam ao adolescente, a quem a própria Constituição Federal vigente destinou proteção especial, por reconhecê-lo como pessoa em desenvolvimento, sendo que a referida norma legal adequou a legislação processual penal aos comandos constitucionais Ademais, o legislador, dentro do mesmo espírito reformador das normas processuais em vigor em face da Constituição, edita a Lei no 12.010/09, sinalizando novo rumo ao intérprete Assim, ante a ausência de fundamento a justificar a medida sócio-educativa provisória, deve ser acolhida a pretensão de aguardar em liberdade o trânsito em julgado do apelo, por força dos aludidos princípios constitucionais - Constrangimento ilegal*

*caracterizado - Ordem concedida. Decisão unânime. (Julgado em 10 de maio de 2010, Desa. VANIA FORTES BITAR Relatora)*

*HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR PROCESSO No 2010.3.007920-1*

*IMPETRANTES: Defs. Pubs. Stella Maria Lobato Silva Carvalho IMPETRADO: Juízo de Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude da Capital*

*PACIENTE: R. S. A.*

*PROCURADORA DE JUSTIÇA: Mariza Machado da Silva Lima RELATORA: Desa. Vania Fortes Bitar*

*Ementa: Habeas corpus liberatório com pedido de liminar Estatuto da Criança e do Adolescente - Ato infracional equiparado a homicídio qualificado Sentença de primeiro grau que impõe medida sócio-educativa de internação ao adolescente com determinação de cumprimento imediato Apelação Efeito meramente devolutivo antes previsto no art. 198, inciso VI, do ECA revogado pela Lei no 12.010/09, que não dispôs sobre a matéria Interpretação sistemática entre o ECA e o CPC Tutela antecipada determinada a quando da sentença Possibilidade Incidência do inc. VII, do art. 520, do CPC, sendo este uma exceção à regra prevista no caput Recurso de apelação que deve ser recebido unicamente em seu efeito devolutivo, mormente porque a magistrada a quo demonstrou escorreamente a necessidade de antecipar os efeitos da tutela, tendo em vista que o paciente, além de ter praticado ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado, o qual se perfaz em conduta gravíssima e que assola o meio social, permaneceu foragido por um longo período, fato que evidencia prejuízo à eventual aplicação da lei penal Precedentes - Constrangimento ilegal não caracterizado - Ordem denegada. Decisão unânime.*

*Vistos, etc.*

*Acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes das Egrégias Câmaras Criminais Reunidas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem impetrada, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.*

*Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos doze dias do mês de julho de 2010. Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Helena D'Almeida Ferreira. (Julgado em 12 de julho de 2010, Desa. VANIA FORTES BITAR Relatora)*

*TJSC - Habeas Corpus nº 2011.060859-4*

*Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva*

*Julgado em 05/09/11*

*Ato infracional análogo ao Crime de Tráfico de Drogas (Lei nº 11343/2006, Art. 33, CAPUT) – Medida de Internação imposta na Sentença – Apelação recebida somente no efeito devolutivo – Concessão de efeito suspensivo ao reclamo – Impossibilidade – Art. 198, IV, do ECA revogado pela Lei nº 12010/09 – Observância do Sistema Recursal do Código de Processo Civil como regra geral – Adolescente que permaneceu internado provisoriamente durante todo o processo – Confirmação de tutela antecipada (CPC,*



*Art. 520, VII) – Atenção ao melhor interesse do adolescente, à proteção integral e à prioridade absoluta – Medida sócio-educativa – Prova pré-constituída que indica futura alteração da medida imposta em sentença no julgamento da apelação – Processo que ainda se encontra na origem – Aguardo dos autos que configuraria constrangimento ilegal – Manutenção da execução provisória da sentença com alteração Ex Officio da Medida Socioeducativa para a Semiliberdade até o julgamento do apelo.*

## **Capítulo 7 – DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

### **1 - Considerações Gerais**

Especificamente no que diz respeito à análise da aplicação das medidas socioeducativas, estas podem ser divididas em medidas de meio aberto e as de meio fechado, com privação de liberdade, reconhecidamente destinadas a adolescentes autores de atos infracionais graves, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa<sup>76</sup>.

Outras são as medidas de proteção, cuja finalidade é o atendimento às necessidades pessoais do adolescente<sup>77</sup>, fundamentada no encaminhamento aos serviços de atendimento.

Uma vez imposta a medida socioeducativa, respeitados os princípios inerentes ao devido processo legal do procedimento específico de apuração, impõe-se uma avaliação quanto à eficácia e objetivos da execução dessa medida, tendo como perspectiva aspectos de prevenção.

Todo o trabalho na área de adolescente em conflito com a lei deve enfatizar a tomada de medidas que minimizem os efeitos da ação socioeducativa, garantindo a aplicação de medidas eficientes de proteção.

---

76 Ocorre que, conforme referência de João Batista da Costa Saraiva “Os adolescentes privados de liberdade não perfazem 5% daqueles que respondem a processos nas Varas da Infância. Ninguém, salvo raras exceções, inicia sua “carreira” delinqüencial pelo fim. Antes do homicídio, antes do roubo, antes do latrocínio, via de regra, em 90% dos casos, houve outra infração. Mais leve.” *In* Medidas Socioeducativas e o Adolescente Infrator, texto extraído do site do TJRS.

77 Art. 101 do ECA.

O objetivo a ser buscado se refere a formas de responsabilização que possam ter ênfase no caráter formativo, ao invés de unicamente punitivo, evitando a estigmatização ou excessiva penalização dos conflitos. E, ainda, ser focado em ações que possam levar o autor à reflexão sobre o fato e conseqüências, em paralelo ao efetivo investimento e qualificação no cumprimento das medidas, preferencial e principalmente em meio aberto.

O artigo 2º, § 2º da Lei Federal n. 12.594/12 indica os objetivos que devem ser buscados com e quando da aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes em conflito com a lei:

*§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no [art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto/ da Criança e do Adolescente\)](#), as quais têm por objetivos:*

*I - a responsabilização do adolescente quanto às conseqüências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;*

*II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e*

*III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.*

A relação de proporcionalidade para aplicação das medidas comunga aspectos tanto objetivos quanto subjetivos e deve ser fundamentada na capacidade de cumprimento pelo autor, baseada sempre em avaliação técnica do adolescente, na qualidade dos serviços públicos e na capacidade de qualificação de suas relações familiares e comunitárias.

Ferreira (2006) entende que tanto no cometimento de infração grave, como de infração leve, considerando as características do infrator, “as medidas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade revelam-se de extraordinária importância em face de seu caráter educativo<sup>78</sup>”, na medida em que individualizam a aplicação da medida e reforçam os aspectos de recuperação, reinserção social e cuidado, aliados à necessária prevenção e defesa social.

---

78 FERREIRA, Luiz Antônio Miguel, Execução das medidas socioeducativas em meio aberto: prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, *in* Justiça, Adolescentes e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização, ABMP, SEDH, UNFPA e ILANUD, 2006, p. 403.

A preferência, nesse contexto, deve ser pela aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto, considerando o objetivo e o fundamento do trabalho na área da infância e juventude que são de fortalecer os vínculos sociais e familiares. É direito do adolescente não ser afastado, salvo em casos excepcionais, de sua família de origem e de sua comunidade e as medidas que se adequam a esse direito são, claramente, aquelas de meio aberto.

Nesse sentido, Digiácomo (2006) lembra que a família é considerada, inclusive pela Constituição, “base da sociedade” e “destinatária da “especial proteção” por parte do Poder Público”.<sup>79</sup>

Assim, Digiácomo (2006) considera que as intervenções, sejam protetivas ou socioeducativas em relação a adolescentes em conflito com a lei devem ter, preferencialmente:

*“colaboração da família que, para tanto, precisa ser orientada, apoiada e, não raro, tratada, para que possa assumir suas responsabilidades que, destaque-se – não podem ser delegadas quer a terceiros quer (e muito menos) ao Estado”*<sup>80</sup>.

Como já visto, as medidas socioeducativas podem ser impostas ao término da audiência de apresentação – quando cumuladas com remissão como forma de suspensão ou extinção do processo – e ao final da ação socioeducativa.

São elas, em ordem decrescente, considerando a gravidade do ato infracional e a reiteração de condutas pelos adolescentes: internação, semiliberdade, liberdade assistida, prestação de serviços à comunidade, obrigação de reparar o dano e advertência.

Nesse contexto, para atos infracionais praticados mediante violência e grave ameaça e em caso de reiteração de atos infracionais graves, em tese, as medidas mais gravosas são a semiliberdade e a internação (artigos 120 e 122, I e II). A aplicação das demais medidas decorre da prática de atos mais brandos ou isolados na vida do adolescente, considerados o contexto social e familiar do infrator.

A medida de *internação* envolve a segregação do adolescente em unidade específica. Não possui prazo determinado, a despeito de não poder ser superior a três anos e ser reavaliada a cada seis meses por equipe técnica adequada, conforme previsto nos artigos 121 a 123 do Estatuto.

---

79 DIGIÁCOMO, Murillo José Op. cit. p. 221.

80 DIGIÁCOMO, Murillo José Op. cit. p. 221.

A medida de *semiliberdade*, também aplicável para casos mais graves, consiste em um meio termo entre a segregação e a liberdade plena, pois durante seu cumprimento é permitida a realização de atividades externas, consoante dispõe o artigo 120 do Estatuto.

O adolescente cumpre a medida em unidade adequada durante o período noturno, podendo usufruir da liberdade durante o dia. Seu objetivo é proporcionar o senso de responsabilidade dos adolescentes e estreitar seus laços familiares.

Não comporta prazo determinado, podendo ser imposta como medida inicial ou como forma de transição da medida de internação definitiva para o meio aberto.

Em que pese a lei não definir por qual prazo pode ser prorrogada a medida, a interpretação lógica a que se chega é a de que não pode superar o prazo de 3 anos, em razão da expressa previsão em relação à medida de internação, conforme dispõe o artigo 121, § 3º do Estatuto.

Em outras palavras: se a medida mais gravosa do ordenamento – a internação – não pode superar o prazo máximo de 3 anos, por óbvio que qualquer outra medida mais branda deve seguir o mesmo limite.

A medida de *liberdade assistida* consiste em acompanhamento periódico do adolescente, por equipe profissional, por prazo mínimo de seis meses, sendo cabível sua prorrogável.

A lei também não define por qual prazo é cabível a prorrogação, valendo as mesmas considerações acima apresentadas em relação à semiliberdade.

A *prestação de serviços à comunidade* consiste em desempenho periódico, no prazo máximo de seis meses, jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho do adolescente infrator, cujo conceito será definido mais à frente, considerando suas aptidões e necessidade de reeducação.

A *obrigação de reparar o dano* consiste na recuperação ou compensação dos danos patrimoniais causados em decorrência do ato infracional, buscando-se o retorno do bem danificado ao seu estado anterior ou outra forma de compensação. Somente terá cabimento quando o adolescente possuir emprego e renda, pois do contrário a medida atingirá os pais/responsáveis e não o próprio adolescente.

Por fim, a *advertência* é aplicada nos casos mais singelos, em que a conduta do adolescente tenha sido episódio singular e isolado em sua biografia. Consiste em mera admoestação verbal.

Sempre é necessária a avaliação das circunstâncias sociais e pessoais do adolescente.

Perfeitamente possível, e exigível, a cumulação das medidas socioeducativas e as de proteção.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Cumulação com medidas de proteção**

*TJDF - APE: 18960220068070001 DF 0001896-02.2006.807.0001*

*Processo: 18960220068070001 DF 0001896-02.2006.807.0001*

*Relator(a): GETULIO PINHEIRO*

*Julgamento: 12/06/2008*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal*

*Publicação: 09/07/2008, DJ-e Pág. 115*

*Ementa*

*APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A ROUBO QUALIFICADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. CUMULAÇÃO COM MEDIDAS PROTETIVAS.*

*1. ADEQUADA A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO AO MENOR COM VÁRIAS PASSAGENS PELA VARA ESPECIALIZADA, QUE POSSUI FAMÍLIA DESESTRUTURADA, CONSOME SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E SE ENCONTRA EM DEFASAGEM ESCOLAR.*

*2. É POSSÍVEL A APLICAÇÃO CUMULATIVA DE MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO, DESDE QUE POSSAM SER CUMPRIDAS NO MESMO ESTABELECIMENTO ONDE FOR EXECUTADA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.*

*TJDF - APE: 12384120078070001 DF 0001238-41.2007.807.0001*

*Processo: 12384120078070001 DF 0001238-41.2007.807.0001*

*Relator(a): GETULIO PINHEIRO*

*Julgamento: 17/01/2008*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal*

*Publicação: 03/03/2008, DJ-e Pág. 123*

*Ementa*

*APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL. FURTO. LIBERDADE ASSISTIDA. CUMULAÇÃO COM MEDIDAS PROTETIVAS.*

*1. É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS, RELACIONADAS NO ART. 112 DA LEI Nº 8.069/90, COM AS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO CONSTANTES DO ART. 101, DESSA MESMA LEI, QUANDO OS DIREITOS NELA RECONHECIDOS FOREM AMEAÇADOS OU VIOLADOS.*

*2. APELAÇÃO PROVIDA PARA IMPOR AO APELADO AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PREVISTAS NOS INCISOS II, III E IV DA LEI Nº 8.069/90.*

*TJRS - Apelação Cível Nº 70043191568*

*Sétima Câmara Cível*

*Comarca de Uruguaiana*

*V.W.S. - APELANTE*

*T.R.P. - APELANTE*

*M.P. - APELADO*

*Data de julgamento: 14/09/2011*

*APELAÇÃO CÍVEL. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. FURTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INTERNAÇÃO CUMULADA COM MEDIDA PROTETIVA. ADEQUAÇÃO NO CASO CONCRETO.*

*DA INSIGNIFICÂNCIA. O princípio da insignificância (bagatela) é inaplicável quando as circunstâncias pessoais envolvendo os adolescentes, em franca situação de risco e vulnerabilidade, aliada ao rol de antecedentes em relação a dois deles, tornam evidente que a conduta praticada é mais relevante do que o valor do bem subtraído. Precedente STJ.*

*DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. Comprovadas a autoria e a materialidade do ato infracional, impõe-se a procedência da representação. Confissão dos adolescentes, corroborada pelas declarações da testemunha e da genitora de um dos recorrentes, que comprova a prática da conduta descrita no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.*

*DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. As medidas socioeducativas possuem, além do caráter punitivo, a finalidade de reeducar o infrator, visando sua reabilitação social e, diante disso, deve ser fixada atentando-se às peculiaridades do caso concreto. Levando-se em conta o histórico de antecedentes infracionais, impõe-se a medida socioeducativa de internação aplicada, cumulada com medida protetiva de encaminhamento para avaliação psiquiátrica em relação a um dos apelantes. Tratando-se de adolescentes cuja compulsão à prática infracional decorre da dependência química, cabível a realização de atividades externas visando a recuperação dos jovens infratores.*

*APELAÇÃO DESPROVIDA.*

## 2 – Princípios

Como regra geral, quando da aplicação tanto das medidas protetivas quanto das medidas socioeducativas, o juiz deve observar os princípios previstos no artigo 100 do Estatuto.<sup>81</sup>

---

81 Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

É o que prevê o próprio artigo 113 do Estatuto.<sup>82</sup>

Saliente-se que, como a finalidade precípua das medidas constitui-se justamente na *ressocialização e reeducação*, devem elas orientar-se para atender às aptidões do adolescente e devem ser escolhidas, caso necessárias, tomando como parâmetro o perfil individualizado de cada um dos adolescentes em conflito com a lei, independentemente da gravidade do ato infracional, conferindo-se efetividade ao caráter educativo da medida.

Não são admitidas medidas não previamente previstas no Estatuto.

Aplica-se o *princípio da legalidade estrita*, além do que, as medidas não devem ter como escopo a finalidade de aviltar ou menoscabar a personalidade do adolescente em conflito com a lei, mas apenas corrigi-lo.

Tanto isso é verdade que por disposição expressa legal, *não serão admitidas medidas que impliquem trabalho forçado*.<sup>83</sup>

Além de tais princípios, as medidas quando aplicadas, deverão observar os princípios previstos na Lei Federal n. 12.594/12, a saber:

*Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:*

*I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;*

*II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;*

*III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;*

*IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;*

*V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o [art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#);*

*VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;*

---

82 Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

83 Art. 112.

§ 2º. Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.



VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou *status*; e

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Princípio da tipicidade**

STF - HABEAS CORPUS: HC 88755 SP

Processo: HC 88755 SP

Relator(a): CEZAR PELUSO

Julgamento: 28/08/2006

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 29-09-2006 PP-00067 EMENT VOL-02249-09 PP-01732 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 476-482

Parte(s): T. S. DE O.

A. DOS S. R. OU A. DOS S.

PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA ARZABE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ementa*

INFÂNCIA e JUVENTUDE. MENOR. ATO INFRACIONAL. EQUIPARAÇÃO AO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO POR EMPREGO DE AMEAÇA, ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. REPRESENTAÇÃO. PROCEDÊNCIA. INTERNAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 do ECA. Está em harmonia com o princípio da tipicidade estrita das *fattispecie* que a autorizam, a aplicação de internação, por prazo indeterminado, a menor que praticou ato infracional mediante ameaça, emprego de arma e concurso de pessoas.

### 3 - Da substituição das medidas socioeducativas

Consigne-se que as medidas socioeducativas admitem substituição por outras que se mostrem mais adequadas à ressocialização do adolescente, do curso de sua execução.

Em princípio, duas são as possibilidades. Quando da execução da medida, tendente à medida mais branda e também adequada e outra, mais restritiva, em face do seu descumprimento.

Quanto à medida mais branda e/ou adequada, a substituição pode derivar do previsto e fundamentado nos artigos 99 e 113 do Estatuto, pelos quais se permite a substituição ou alteração das medidas a qualquer tempo.

Além disso, o artigo 42 da Lei Federal n. 12.594/12 estabelece que:

*As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável.*

Também o artigo 43 da Lei Federal n. 12.594/12 prevê que:

*A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.*

Outra é a hipótese da remissão, cujo fundamento de alteração encontra-se no art. 128 do Estatuto, desde que não implique privação de liberdade. A previsão legal induz à possibilidade de mudança a pedido do adolescente ou do Ministério Público.

Nessas hipóteses, deve ser avaliado, e decidido, quanto à conveniência e oportunidade da alteração, ouvindo-se sempre o adolescente, o que decorre do direito de defesa na audiência de revisão da medida, bem como arrimando a decisão em pareceres técnicos quanto à execução da medida.

Outra, no entanto, é a situação da revisão da medida prevista na forma de *regressão para outra privativa de liberdade*, como é o caso da internação sanção (art. 122, inciso III do Estatuto).

Assim, é possível a aplicação de internação sanção, no caso de descumprimento injustificado e reiterado de medida anteriormente imposta, nos termos do artigo 122, III, como será avaliado<sup>84</sup>, cujo prazo máximo é de três meses. Contudo, a aplicação de tal modalidade de internação não se mostra cabível no caso de aplicação de medida socioeducativa, *em sede de remissão*, por expressa restrição legal (artigo 127 do Estatuto).

No entanto, quando se tratar de medida não privativa de liberdade, com prazo determinado, cumprido o prazo, não é possível sua mudança ou alteração, devendo haver declaração de extinção das medidas impostas.

As medidas podem ser aplicadas, em casos excepcionais, aos maiores de dezoito anos, desde que tenham cometido o ato infracional, quando inimputáveis. Nunca poderão ser aplicadas ao maior de vinte e um anos de idade<sup>85</sup>.

Outro aspecto importante da substituição das medidas diz respeito à regressão que *não precisa ser necessariamente direta à medida privativa de liberdade*.

Nesse sentido, considerando a gradação das medidas, ideal seria que primeiro a regressão seja à medida imediatamente mais grave até chegar às formas de privação de liberdade, o que atende ao princípio da excepcionalidade das medidas privativas de liberdade.

Assim, deve se optar pela regressão sempre à medida mais grave e, no caso de escalonamento do descumprimento, chegar-se então até à internação sanção.

E mesmo nesta hipótese, é importante que o prazo seja somente o adequado à advertência para cumprimento da medida original e não estabelecido desde logo no máximo.

É o que atualmente previu o artigo 43, § 4º da Lei Federal n. 12.594/12:

---

84 Parte 8 – DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPECIE/ 5 – Internação/ 5.3 - Por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta/ internação sanção.

<sup>85</sup> Da Internação

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

....

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

§ 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do [inciso III do art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), e deve ser:

I - fundamentada em parecer técnico;

II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Audiência de revisão da medida**

TJ/RS

*Agravo de Instrumento nº 70008474546*

*Oitava Câmara Cível*

*Relator: José Ataídes Siqueira Trindade*

*Julgado em 18/06/2004 (NLPM)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA APLICADA CUMULATIVAMENTE À REMISSÃO. AUDIÊNCIA DE REVISÃO. Merece amparo o pleito do agente ministerial no sentido de realização de audiência de revisão de medida socioeducativa aplicada em cumulação à remissão concedida que por mais de uma vez foi descumprida pelo adolescente. Inteligência dos artigos 110 e 128 do Estatuto Menorista. Ademais, o fato de o recorrido ter completado 17 anos de idade não tem o condão de obstaculizar a reavaliação da medida, pois, segundo a legislação menorista, é plenamente viável a aplicação das normas do ECA até a idade de 21 anos do menor. Recurso provido.*

### **Avaliação do mérito para progressão e não da gravidade do delito**

*STJ. 5ª T. RHC nº 25248/PI.*

*Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.*

*J. em 27/04/2009. DJ 25/05/2009*

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO QUALIFICADO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. NEGATIVA DE PROGRESSÃO PARA LIBERDADE ASSISTIDA. GRAVIDADE GENÉRICA DO*

*DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO MENOR. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO PARA CONCEDER AO MENOR A PROGRESSÃO À MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA.*

*1. O disposto no art. 120, § 2º, do ECA não impede a adoção da medida sócio-educativa de semiliberdade, desde o início, quando esta for compatível com a gravidade e circunstâncias do delito, bem como com a capacidade do menor em cumpri-la.*

*2. A manutenção da semiliberdade, todavia, deve estar pautada nas circunstâncias peculiares do caso concreto, quando o Julgador reputar imperiosa a adoção da medida para a proteção integral do adolescente, finalidade precípua da Lei 8.069/90, sendo descabida qualquer vinculação aos requisitos previstos no art. 122 do ECA, imperativa somente nos casos de internação.*

*3. In casu, não foi atendida a exigência de apreciação das condições pessoais do infrator, haja vista a ausência de indicação de qualquer elemento concreto apto a justificar a medida cerceadora de liberdade. Ao revés, reportou-se o Julgador apenas à gravidade abstrata do delito que, como cediço, não serve como critério único para fixação da medida restritiva de liberdade.*

*4. Parecer do MPF pelo provimento do recurso.*

*5. Recurso provido para conceder ao paciente a progressão à medida de liberdade assistida*

## **Capítulo 8 - DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPÉCIE**

### **1 - Advertência**

A advertência consiste em uma admoestação verbal direcionada ao adolescente, reduzida a termo, assinada pela autoridade, pelo adolescente e seu responsável.

É destinada a infrações mais leves e fatos isolados na vida do adolescente. Por tal razão, muito embora não se concorde, posto que em evidente violação ao princípio da ampla defesa, o artigo 114, § único do Estatuto aponta que bastam para a sua aplicação, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Ela visa somente demonstrar ao adolescente a sua responsabilidade e as consequências da prática do ato infracional, bem como trazê-lo à realidade de que, caso haja a persistência na conduta infracional, a aplicação de medidas mais severas será inevitável. Para tanto, exige que a advertência seja realizada na presença, e com orientação também aos pais ou responsáveis.

Deve ser aplicada pelo juiz de direito, em regular audiência admonitória<sup>87</sup>, a teor do que dispõe a Súmula 108 do STJ<sup>88</sup> que dispõe quanto à competência do juiz para tanto<sup>89</sup>.

Conquanto interessante à época de promulgação do Estatuto, ou seja, há mais de 20 anos, atualmente trata-se de medida de baixa aplicabilidade prática.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Advertência**

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIRMADA. DESCABÍVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE ADVERTÊNCIA. PROPORCIONALIDADE ENTRE O ATO INFRACIONAL E A MEDIDA IMPOSTA. (TJRS, Apelação Cível nº 70022710347, Relator: Des. Rui Portanova, Julgado em 29/05/08).*

*EMENTA: ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. REEXAME DA PROVA. CONFISSÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. VÍTIMA QUE CONTRIBUIU PARA O ATO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA. RECURSO PROVIDO. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0694.04.019669-3/001(1), Relator: Des. Herculano Rodrigues, Julgado em 08/11/07).*

---

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

<sup>87</sup>ISHIDA, op. citada, p. 176.

<sup>88</sup>DEZEM et al, op. citada, p. 86.

<sup>89</sup>STJ Súmula nº 108 - 16/06/1994 - DJ 22.06.1994- Medidas Socioeducativas - Competência - Prática de Ato Infracional. "A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz."

## 2 – Obrigação de reparar o dano

Essa medida, embora pouco utilizada, possui relevante caráter educativo, na medida em que leva o adolescente a refletir na prática do ato infracional e recompor a esfera de prejuízo da vítima ou do próprio patrimônio lesado, ainda quando público. Trata-se de previsão de caráter restaurativo das medidas, embora apenas no aspecto patrimonial.

Ocorre que sua aplicabilidade acaba sendo prejudicada, uma vez que, na maioria dos casos, os adolescentes em conflito com a lei não trabalham.

No entanto, considerando o caráter simbólico e pedagógico da reparação, em algumas situações mostra-se possível o parcelamento ou outras formas de reparação ou mesmo compensação, que possam ser negociadas entre o Ministério Público, o adolescente e seus responsáveis, além da vítima – seja particular ou mesmo quando for o Poder Público (como no caso de pichação).

Frise-se que a reparação de dano, ainda quando aplicada em sentença definitiva de mérito, não constitui título executivo judicial<sup>90</sup>, visto que as medidas socioeducativas, não tendo o caráter punitivo e informadas por outros princípios e interesses como da socioeducação e do respectivo caráter pedagógico, não são aptas à liquidação na esfera cível<sup>91</sup>.

Para tanto, é essencial que a medida seja prestada pelo adolescente e não pelos responsáveis, “devendo ser assim, verificado, previamente, se aquele tem capacidade de cumpri-la (cf. art. 112, §1º do Estatuto).

A reparação pode ser diretamente, através da restituição da coisa, ou pela via indireta, através da entrega de coisa equivalente ou do seu valor correspondente em dinheiro”<sup>92</sup>.

---

90 7ª Câmara Cível do TJRS (AI n.º 594011413, de 29.06.94)

91 Contra: CHAVES, Antônio, in, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora LTR, 2ª edição, 1997, página 518. Segundo o autor: “(...) deverá o Juízo designar audiência para a composição do dano, que será reduzido a termo, e depois homologado valerá como título executivo nos termos da lei processual civil, assemelhando-se ambas as disposições com o artigo 63 do Código de Processo Penal”. Discordamos desta posição, uma vez que o artigo 63 do Código de Processo Penal menciona “sentença condenatória”, sendo diversa a natureza da sentença que impõe medida socioeducativa.

92 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildera de Amorim, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado, MPPR, Curitiba, 2010, p. 161/162.

A aplicação da medida não depende de aceitação do adolescente, podendo ser ela imposta em sentença definitiva, desde que o magistrado observe, pelos elementos trazidos aos autos – inclusive laudos da equipe técnica –, que o adolescente possui condições econômicas de suportar o encargo inerente à medida socioeducativa.

Pode haver, de acordo com o disposto no artigo 116 do Estatuto:

- a) a restituição da coisa danificada;
- b) o ressarcimento do dano;
- c) compensação do prejuízo suportado pela vítima.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Reparação de danos**

*TJRS - Apelação Cível: AC 70044794725 RS*

*Processo: AC 70044794725 RS*

*Relator(a): Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves*

*Julgamento: 19/10/2011*

*Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível*

*Publicação: Diário da Justiça do dia 25/10/2011*

*Ementa*

*ATO INFRACIONAL. HOMICÍDIO CULPOSO. LAUDO DE AVALIAÇÃO POR EQUIPE INTERDISCIPLINAR: FACULDADE DO JULGADOR. PROVA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE REPARAÇÃO DE DANO: ADEQUAÇÃO*

## **3 - Prestação de serviços à comunidade**

### **3.1 - Considerações Gerais**

Trata-se de medida bastante utilizada na prática e que possui um caráter educativo bem acentuado, extremamente recomendável para casos de atos infracionais



cometidos sem violência ou grave ameaça, indicada a adolescentes sem histórico infracional.

Pretende a medida que o adolescente reflita sobre a prática de seu ato infracional, desenvolvendo seu senso de responsabilidade, elevando sua autoestima, na medida em que demonstra sua possibilidade de empreender serviços de relevância social, mostrando-se útil em interferir de forma mais estreita com os interesses da comunidade em que está inserido.

Daí a disposição expressa legal do conceito de tarefas gratuitas de interesse geral.

Além disso, incute no adolescente que o ato cometido não ficará isento de responsabilização.

### **3.2 - Prazos para a medida de prestação de serviços à comunidade:**

Não há prazo mínimo previsto para a prestação de serviços à comunidade.

O prazo máximo é de seis meses.

O limite máximo de carga horária é de oito horas semanais. Tal prazo se coaduna com o imperativo preconizado no Estatuto, acerca da proibição de trabalhos forçados.

De acordo com os artigos 52 e 56 da Lei Federal n. 12.594/12 há obrigatoriedade de elaboração de Plano Individual de Atendimento pelo programa responsável pelo atendimento e cumprimento da medida, no prazo máximo de 15 dias.

### **3.3 - Características da prestação de serviços à comunidade:**

Os serviços podem ser *prestados* em entidades assistenciais, hospitais e escolas ou locais assemelhados, seja em programas comunitários ou governamentais.

Em tópico próprio analisaremos com mais cuidado que a Lei Federal que regulamenta o SINASE (Lei n. 12.594/12) estabelece parâmetros próprios para os programas de atendimento socioeducativo, inclusive para a prestação de serviços à comunidade.

As *atividades* devem respeitar as aptidões do adolescente. Em algumas situações, pode ser considerada a natureza do ato infracional cometido pelo adolescente para balizar o serviço a ser por ele prestado.

Na esteira de se evitar a exigência de trabalhos forçados, e visando sempre a educação do adolescente, os serviços serão prestados em sábados, feriados e, somente em dias úteis quando isso não prejudicar a presença na escola e no trabalho.

É importante que o serviço a ser prestado pelo adolescente não possua caráter humilhante, não provoque constrangimento e nem possa aviltar a sua autoestima.

A medida de prestação de serviços à comunidade, na prática, é considerada uma das mais eficazes a estimular o devido processo socioeducativo do adolescente, evitando-se a desnecessária segregação.

A Lei Federal n. 12.594/12 estabeleceu a forma de credenciamento e fiscalização dos programas de prestação de serviços à comunidade:

*Art. 13. Compete à direção do programa de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida:*

*I - selecionar e credenciar orientadores, designando-os, caso a caso, para acompanhar e avaliar o cumprimento da medida;*

*II - receber o adolescente e seus pais ou responsável e orientá-los sobre a finalidade da medida e a organização e funcionamento do programa;*

*III - encaminhar o adolescente para o orientador credenciado;*

*IV - supervisionar o desenvolvimento da medida; e*

*V - avaliar, com o orientador, a evolução do cumprimento da medida e, se necessário, propor à autoridade judiciária sua substituição, suspensão ou extinção.*

*Parágrafo único. O rol de orientadores credenciados deverá ser comunicado, semestralmente, à autoridade judiciária e ao Ministério Público.*

*Art. 14. Incumbe ainda à direção do programa de medida de prestação de serviços à comunidade selecionar e credenciar entidades assistenciais, hospitais, escolas ou outros estabelecimentos congêneres, bem como os programas comunitários ou*

governamentais, de acordo com o perfil do socioeducando e o ambiente no qual a medida será cumprida.

*Parágrafo único.* Se o Ministério Público impugnar o credenciamento, ou a autoridade judiciária considerá-lo inadequado, instaurará incidente de impugnação, com a aplicação subsidiária do procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento regulamentado na [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), devendo citar o dirigente do programa e a direção da entidade ou órgão credenciado.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Prestação de serviços à comunidade**

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. AUTORIA.* Admitida pelo adolescente e confirmada pelos demais elementos de prova dos autos, correta a sentença ao reconhecer a procedência da representação.

*MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ADEQUAÇÃO.* Considerando que o adolescente mostrou-se rebelde, não cumprindo a MSE acordada em remissão, demonstrou necessidade de receber medida pedagógica capaz de lhe provocar reflexão acerca de sua conduta social. (TJRS, Apelação Cível nº 70031694417, Relator: Des. RICARDO RAUPP RUSCHEL, Julgado em 13/01/10).

*EMENTA: ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REAVALIAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA. SUBSTITUIÇÃO POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* (TJMG, APELAÇÃO CRIMINAL No 1.0024.08.182118-3/001, Relator: Des. Herculano Rodrigues, Julgado em 03/12/09).

## **4 - Liberdade Assistida**

### **4.1 - Considerações Gerais**

Trata-se de medida que tem como pressuposto a responsabilidade do adolescente, que apenas será acompanhado por uma equipe técnica. Durante sua execução, o adolescente poderá estar sujeito a atividades pedagógicas – desde que

previstas no plano individual de acompanhamento - por determinado prazo, até que demonstre progresso, do ponto de vista socioeducativo.

Também é possível a aplicação a atos infracionais de maior gravidade, como medida prévia e última tentativa de ressocialização antes da tomada da medida extrema de internação, em atenção ao princípio da excepcionalidade das medidas extremas, previsto no artigo 121 do Estatuto.

Vale aqui também a menção do disposto nos artigos 13 e 14 da Lei Federal n. 12.594/12 que regulamentou, da mesma forma, o credenciamento e a forma de fiscalização dos programas de medidas de liberdade assistida:

*Art. 13. Compete à direção do programa de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida:*

*I - selecionar e credenciar orientadores, designando-os, caso a caso, para acompanhar e avaliar o cumprimento da medida;*

*II - receber o adolescente e seus pais ou responsável e orientá-los sobre a finalidade da medida e a organização e funcionamento do programa;*

*III - encaminhar o adolescente para o orientador credenciado;*

*IV - supervisionar o desenvolvimento da medida; e*

*V - avaliar, com o orientador, a evolução do cumprimento da medida e, se necessário, propor à autoridade judiciária sua substituição, suspensão ou extinção.*

*Parágrafo único. O rol de orientadores credenciados deverá ser comunicado, semestralmente, à autoridade judiciária e ao Ministério Público.*

*Art. 14. Incumbe ainda à direção do programa de medida de prestação de serviços à comunidade selecionar e credenciar entidades assistenciais, hospitais, escolas ou outros estabelecimentos congêneres, bem como os programas comunitários ou governamentais, de acordo com o perfil do socioeducando e o ambiente no qual a medida será cumprida.*

*Parágrafo único. Se o Ministério Público impugnar o credenciamento, ou a autoridade judiciária considerá-lo inadequado, instaurará incidente de impugnação, com a aplicação subsidiária do procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento regulamentado na [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), devendo citar o dirigente do programa e a direção da entidade ou órgão credenciado.*

### **Liberdade Assistida/ cabimento**

*EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO — Volta-se contra decisão do juízo do DEIJ que substituiu a medida de semiliberdade determinada liminarmente em sede de habeas corpus pelo STJ pela medida de liberdade assistida - Alega a promotoria que inicialmente houve descumprimento de Acórdão da Câmara Especial, que havia reformado a decisão de primeiro grau e depois descumprimento de liminar proferida pelo STJ, que determinou a inserção provisória do adolescente em semiliberdade – Inocorrência de descumprimento de Acórdão ou de decisão liminar - Possibilidade de conversão de medida com base nos arts. 99, 100 e 113 do ECA - Alterações na situação pessoal do adolescente, as quais indicaram ser a liberdade assistida mais adequada ao caso em questão. (TJSP, AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 136.378-0/1-0, Relator: Des. Eduardo Gouvea, Julgado em 25/06/07).*

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS ATRAVÉS DA PROVA TESTEMUNHAL E DA CONFISSÃO DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. MEDIDA CONDIZENTE COM A GRAVIDADE DO FATO. INCLUSÃO EM TRATAMENTO PSICOLÓGICO.*

*A autoria e materialidade são comprovadas pelos depoimentos das testemunhas e pela confissão do adolescente. A medida socioeducativa aplicada ao adolescente é proporcional ao ato por ele praticado. Entretanto, devido ao histórico familiar por ele apresentado, deve ser encaminhado a acompanhamento psicológico. (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL n° N° 70031564750, Relator: Des. José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 13/01/10).*

#### **4.2 - Prazos**

O prazo mínimo previsto para a liberdade assistida deve ser o prazo de seis meses. Este é o prazo que o próprio legislador considerou como satisfatório para possibilitar a reflexão do adolescente e para tornar profícua a medida, no rumo de sua reeducação.

Caso esse prazo não seja suficiente para o devido desenvolvimento do adolescente, será possível a prorrogação da medida.

Mesmo o prazo mínimo previsto para a medida de liberdade assistida também não é absoluto, na medida em que é prevista expressamente a possibilidade de sua revogação a qualquer momento, caso esta se mostre viável ou necessária.

O Estatuto não estabelece o *prazo máximo* para a medida de liberdade assistida apenas mencionando que sua duração poderá ser prorrogada.

Como já visto acima, em que pese a lei não definir por qual prazo pode ser prorrogada a medida, a interpretação lógica a que se chega é a de que não pode superar o prazo de 3 anos, em razão da expressa previsão em relação à medida de internação, conforme dispõe o artigo 121, § 3º do Estatuto.

Ou seja, não se pode superar o prazo máximo de 3 anos.

De acordo com os artigos 52 e 56 da Lei Federal n. 12.594/12 há obrigatoriedade de elaboração de Plano Individual de Atendimento pelo programa responsável pelo atendimento e cumprimento da medida, no prazo máximo de 15 dias.

### 4.3 - A questão da maioria

Conforme já observado<sup>93</sup>, a exceção prevista no artigo 2º, § único do Estatuto, em tese, deve ser aplicada a todas as medidas socioeducativas e todos os atos infracionais.

Todavia, deve ser analisado cada caso concreto: nos casos em que o adolescente se encontra em liberdade assistida em virtude de progressão é preciso uma avaliação mais atenta ao seu acompanhamento pós-institucionalização, inclusive no que se refere à possibilidade de um eventual descumprimento.

Além disso, o artigo 46, inciso III e § 1º, da Lei Federal n. 12.594/12 indica duas hipóteses de cabimento da declaração de extinção da medida socioeducativa, quais sejam:

...

*III - pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva;*

---

93 Parte 3 - FASE PRÉ-PROCESSUAL - APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA/ item 3 - Providências após a oitiva informal/ 3.2 - Da maioria)

...

*§ 1º No caso de o maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente.*

#### **4.4 - A previsão da figura do orientador na Liberdade Assistida**

Embora a disposição legal faça expressa menção a uma pessoa capacitada a acompanhar o adolescente durante o cumprimento da medida<sup>94</sup>, este termo deve ser interpretado da forma mais compatível com a realidade.

Em verdade, uma equipe interprofissional, envolvendo psicólogos e assistentes sociais, deve acompanhar a jornada pessoal do adolescente e interferir, inclusive junto a seus familiares, para que se alcance uma mudança substancial em seu comportamento, evitando-se que pratique novos atos infracionais.

Isso não envolve um acompanhamento diário, mas uma adequada periodicidade de entrevistas e intervenções que possibilitem ao profissional técnico avaliar a realidade do adolescente e de seu contexto sociofamiliar, podendo interferir positivamente em sua rotina, inclusive com a sugestão de eventual aplicação de medidas de proteção aos adolescentes ou seus responsáveis.

Desse modo, o próprio dispositivo legal deixa expresso que o orientador – equipe técnica responsável – possui o encargo de (artigo 119):

- 1) promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- 2) supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;
- 3) diligenciar no sentido de profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

---

94 Art. 119. Incumbe ao **orientador**, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:  
.... (negrito)

4) apresentar relatório do caso.

Cumpra pontificar que os programas que desenvolvem o acompanhamento das medidas de liberdade assistida podem ser empreendidos por entidades não governamentais, mostrando-se salutar a inserção do adolescente em programas comunitários.

Sobre o encargo de orientador, Ferreira (2006) já assentou que:

*“A lei não determina quem pode ser orientador ou quais os requisitos que dele exige. Diz apenas que deve ser uma pessoa capacitada e que pode ser recomendada por entidade ou programa de atendimento. Decorre da norma legal que não há exigência de formação em nível superior, nem de notória experiência na área ou de idade mínima para desempenhar essa orientação. Considerando que a função de orientador demanda profissionalismo, experiência e dedicação, uma avaliação de sua formação profissional ou intelectual poderá demonstrar sua capacidade.*

*Na elaboração de convênio com entidades para a execução das medidas em análise, têm-se exigido como alguns requisitos necessários para assumir a função de orientador: a) reconhecida idoneidade moral; b) certidão de antecedentes criminais; c) idade superior a 21 anos; d) residência no município; e) formação superior na área de ciências humanas, salvo se ficar demonstrada a impossibilidade de se atender essa exigência quando, então, se aceita, no mínimo, a formação completa em nível médio; f) experiência em trabalho com adolescentes. Muitos desses requisitos são os exigidos do candidato a Conselheiro Tutelar, aplicando-os, analogicamente, para a função de orientador.”<sup>95</sup>*

A execução da liberdade assistida, no entanto, prevê a elaboração de um programa de atendimento específico, fundamentado na diretriz de manutenção desses programas (art. 88, inc. III do ECA), os quais devem ser registrados no CMDCA (art. 90, § 1º do ECA), sem olvidar que respectivo programa deve estar fundamentado numa “política socioeducativa” que cada município tem o *dever* de elaborar e implementar, estando articulado com outros programas de proteção e voltados aos pais ou responsável, que deverão ser acionados, sempre que necessário, pelo próprio orientador, com auxílio do Conselho Tutelar ou autoridade judiciária”<sup>96</sup>.

O artigo 13, da Lei Federal n. 12.594/12 ainda define que:

*Compete à direção do programa de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida:*

<sup>95</sup> FERREIRA, Luiz Antônio Miguel, op. citada, p. 408.

<sup>96</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José e Ideara de Amorim, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado, MPPR, Curitiba, 2010, p. 163.



*I - selecionar e credenciar orientadores, designando-os, caso a caso, para acompanhar e avaliar o cumprimento da medida;*

*II - receber o adolescente e seus pais ou responsável e orientá-los sobre a finalidade da medida e a organização e funcionamento do programa;*

*III - encaminhar o adolescente para o orientador credenciado;*

#### **4.5 - Da possibilidade de cumulação de medidas**

É possível a cumulação de liberdade assistida com outras medidas. O fundamento encontra-se na conjugação dos artigos 99 e 113 do ECA.

Contudo, em caso de cumulação de liberdade assistida, não se mostra possível seja alterado o prazo mínimo de seis meses, diante do caráter qualitativo da medida socioeducativa acima tratada.

Em termos práticos, isso significa que não há como se exigir que o adolescente cumpra primeiramente uma liberdade assistida para depois cumprir uma medida de igual conteúdo e qualidade. Também não há se falar em soma de medidas, de forma a alterar o prazo mínimo de duas liberdades assistidas, forçando-o a um ano de cumprimento de medida.

Por outro lado, a medida de liberdade assistida, por sua própria natureza, é incompatível com as medidas de internação e semiliberdade por serem executadas em meio fechado e aquela, em meio aberto.

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **Cumulação de Medidas**

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. Sentença que aplicou medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade cumulada com medida socioeducativa de liberdade assistida. Preliminar de nulidade da sentença por não individualizar a medida afastada. Prescrição da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. Ocorrência. Decretação. Afastamento das qualificadoras de destruição ou rompimento*

*de obstáculo. Impossibilidade. Possibilidade da cumulação de medidas socioeducativas não privativas de liberdade. Art. 113 e art. 99, ambos do ECA.*

*Decretada prescrição da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. (TJRS, Apelação Cível nº 70028655314, Relator: Des. José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 13/05/09).*

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. Inexigibilidade de conduta diversa não caracterizada. Cumulação de medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. Possibilidade. Sentença mantida. (TJRS, Apelação Cível nº 70029338241, Relator: Des. José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 13/05/09).*

#### **4.6 - Da possibilidade de regressão da liberdade assistida para internação-sanção/ quesitos avaliação**

Cabe aqui analisar-se a possibilidade de aplicação da internação-sanção, independente da necessária passagem pelo ciclo da medida de semiliberdade.

Óbvio que, mostrando-se necessária a regressão e considerando-se o caso concreto, seria mais salutar e recomendável a regressão à medida de semiliberdade, antes da aplicação da medida extrema, com fundamento no princípio da excepcionalidade previsto à medida de internação.

A aferição acerca do descumprimento da medida deve ser apreciada a partir dos relatórios que são enviados pela equipe técnica responsável pelo acompanhamento do adolescente e de sua família, durante o período de cumprimento da medida.

Essa assertiva se torna um pouco tormentosa, visto ser difícil apontar, em qual momento do acompanhamento socioeducativo o adolescente deixou de cumprir a contento o plano previamente traçado para a sua reeducação.

Ora, uma desobediência ou uma indisciplina isoladas não podem ter o condão de romper com o ciclo socioeducativo e redundar na aplicação de medida mais grave ao adolescente. Por outro lado, caso o adolescente mostre-se refratário desde o início, com uma postura de inércia total e completa ausência de comprometimento, demonstrando clara falta de aderência ao processo socioeducativo, pode-se considerar configurado o descumprimento injustificado da medida.

Portanto, é de suma importância a elaboração de relatórios detalhados acerca da dinâmica social e familiar do adolescente, que propiciem uma intervenção adequada por parte da autoridade competente, visando que se cumpra a exata finalidade da medida socioeducativa.

Ainda que não exista um parâmetro de avaliação, é possível, ou mesmo necessário, que sejam elaborados questionamentos para verificar a real condição de progressão no cumprimento das medidas socioeducativas. Como sugestões, podem ser elaborados alguns *quesitos*:

- o adolescente possui criticidade a respeito do fato cometido? Mostra-se de alguma forma consciente e arrependido?
- o adolescente possui respaldo familiar (a família participa das atividades, como participa, existe vínculo de respeito)?
- como é feita a análise do adolescente na instituição (se cometeu alguma infração, qual o resultado, houve sanções, como se integra com os demais internos, com os funcionários)?
- o adolescente participou das atividades educacionais (qual o rendimento, dedicação, envolvimento, perspectiva de reinserção no sistema formal de ensino)?
- houve oferta de cursos profissionalizantes (o adolescente se interessou, concluiu, procurou diversificar o aprendizado)?
- há comprometimento por uso de drogas ou saúde mental (qual tratamento, perspectiva de tratamento ambulatorial, qual o laudo médico correspondente)?

Necessária se faz a prévia oitiva do adolescente (audiência de advertência) em caso de descumprimento, em atendimento ao teor da Súmula nº 265 do STJ<sup>97</sup> e, agora, por expressa previsão legal (artigo 43, § 4º da Lei Federal n. 12.594/12):

*§ 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do [inciso III do art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), e deve ser:*

*I - fundamentada em parecer técnico;*

*II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei.*

---

<sup>97</sup> STJ Súmula nº 265 - 22/05/2002 - DJ 29.05.2002 - Medidas Sócio-Educativas por Ato Infracional - Oitiva do Menor Infrator – Regressão “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

#### **4.7 - Necessidade de Contraditório**

Conforme se tem salientado, para que seja possível considerar a hipótese de regressão da medida socioeducativa, é preciso que a medida seja imposta sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Ademais, em caso de ser proposta a regressão, impõe-se que seja em procedimento que garanta ao executado a defesa técnica quanto ao pedido de regressão, sendo prevista, inclusive, a realização de audiência de revisão das medidas, conforme já destacado.<sup>98</sup>

Como visto, tais fundamentos foram inseridos expressamente na própria Lei Federal n. 12.594/12 (artigo 43, § 4º).

#### **5 - Semiliberdade**

A medida socioeducativa de semiliberdade trata-se da outra medida socioeducativa que envolve privação de liberdade, exigindo, pois, os mesmos requisitos da internação quando ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Usualmente, é utilizada como forma de transição para o meio aberto, mas é preciso observar que não é exigível que a progressão da internação ao meio aberto tenha que, necessariamente, passar pela semiliberdade, podendo ser encaminhada diretamente.

Além disso, necessário frisar que a medida socioeducativa de semiliberdade prefere à internação para os casos graves e pode ser aplicada mesmo que o ato infracional seja o primeiro na vida do adolescente em conflito com a lei.

Os prazos a ela aplicados, por expressa disposição, somente poderão ser os mesmos previstos para a internação<sup>99</sup>, assunto que será mais adiante abordado, exceto a

---

98 Parte 7 - DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – ASPECTOS GERAIS/ 3 - Da substituição das medidas.

99 Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

...  
§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação

regra do art. 121, § 2º do Estatuto, uma vez que a autoridade não pode inviabilizar a realização de atividades externas, fundamento básico da semiliberdade.

Seguindo as regras da internação, o período máximo de seu cumprimento também será de três anos, com período de reavaliação a cada seis meses.

Contudo, a aludida medida possui peculiaridades próprias, ainda que seja pouco aplicada, em virtude da escassez de unidades existentes.

Ela pode ser aplicada desde início da condenação, considerando a gravidade do ato infracional e/ou a reincidência do adolescente. Pode ser aplicada inicialmente para adolescentes primários que tenham se envolvido, v.g., com o tráfico de drogas e com atos infracionais cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, dependendo do caso concreto. Também pode ser determinado o regime da semiliberdade como forma de transição para regime em meio aberto.

Se o adolescente cumpriu um período de internação e a equipe profissional entender que o processo socioeducativo foi salutar, mas mostra-se necessária a passagem do adolescente pela semiliberdade, visando adquirir a consistente responsabilidade para cumprimento de medida em meio aberto, a medida poderá ser aplicada.

Contudo, como medida de transição entre a internação e a liberdade assistida, está ínsita a tal medida a possibilidade de realização de *atividades externas*, independentemente de autorização judicial (artigo 120, “caput, in fine”).

Nesse passo, importante salientar que a equipe e unidade responsáveis pela aplicação da medida deverão estabelecer as regras para que essas atividades externas sejam cumpridas de forma disciplinada.

Necessária a preocupação dos profissionais que atuam na unidade a respeito da *escolarização* e a *profissionalização* dos adolescentes em cumprimento da medida como forma de prepará-los para a vida adulta, cumprindo o processo socioeducativo.

Para atingir esse fim, poderão ser empreendidas parcerias com outras entidades e recursos comunitários (artigo 120, § 1º do Estatuto), como forma de inserção social no processo de ressocialização.

Do mesmo modo, desde que fiscalizada e estabelecida de forma criteriosa, mostra-se extremamente viável a possibilidade de os jovens dirigirem-se à *casa de seus*

*responsáveis*, nos finais de semana, como forma de fortalecimento dos vínculos familiares e possibilidade de intervenção junto à família, bem como para que esta seja envolvida no processo socioeducativo e que deste possa tomar ciência e nele interferir de forma positiva.

Para cumprimento de todas essas determinações legais e, mais ainda, da finalidade da socioeducação, é preciso que tudo esteja fundamentado em elaborado plano político pedagógico conhecido como Plano Individualizado de Atendimento.

Daí por que a Lei Federal n. 12.594/12 estabeleceu em seus artigos 52 e 55, parágrafo único que o programa de atendimento deverá elaborar Plano Individual de Atendimento em prazo máximo de 45 dias, contados do ingresso do adolescente no referida programa.

Nesse sentido, as unidades devem oferecer estrutura material e de recursos humanos suficientes para o cumprimento dos fins por ela preconizados, de forma saudável, estimulante e que garanta a segurança dos adolescentes.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Semiliberdade/ internação sanção**

*EMENTA: HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO PORTE ILEGAL DE ARMA. SEMILIBERDADE. INTERNAÇÃO-SANÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO POR DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICÁVEL DE MEDIDA IMPOSTA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*

1. *Conforme o disposto no art. 122, § 1.º, da Lei n.º 8.069/1990, a medida de internação, imposta em razão de descumprimento injustificado de medida socioeducativa, poderá ser aplicada pelo julgador, desde que não exceda o prazo máximo de 03 (três) meses. Precedentes do STJ.*

2. *Ordem concedida para determinar a recondução do Paciente à medida socioeducativa de semiliberdade. (HABEAS CORPUS No 143.418 - RJ; Ministra Laurita Vaz; Quinta Turma; Julgado em 15/09/09).*

## **6 – Internação**

A internação é a medida extrema prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Consiste na restrição de liberdade do adolescente em unidade especializada para o desenvolvimento de processo pedagógico que vise à reeducação e ressocialização, propiciando que ele seja novamente reintegrado na sociedade.

Este trabalho pedagógico ficará a cargo de uma equipe técnica especializada, no mais das vezes, estruturada por psicólogos e assistentes sociais, dentre outros profissionais que possam auxiliar e qualificar as ações de orientação, restrição e atendimento às necessidades biopsicossociais do adolescente privado de liberdade pela prática de ato infracional.

São hipóteses legais de internação: a prática de ato infracional mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa; a reiteração na prática de atos infracionais graves e o descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta (internação sanção), conforme art. 122, incisos I, II e III do Estatuto.

### **6.1 - Prática de ato infracional mediante violência ou grave ameaça à pessoa**

O conceito deve ser extraído do Código Penal, uma vez que ato infracional consiste em uma conduta prevista no Código Penal ou Legislação Penal Especial cometido por adolescente.

Logo, a conduta deve preencher as elementares típicas, quais sejam, a violência contra a pessoa ou a grave ameaça que seja apta a infligir na vítima temor real e facilite a prática do ato infracional.

Portanto, nos casos de roubo, homicídio, estupro, conquanto seja a primeira incursão do adolescente na prática de atos infracionais, podem ser aplicadas as medidas de segregação de liberdade: semiliberdade e internação.

Há, também, que se ater aos critérios da gravidade do ato infracional e da proporcionalidade da medida a ser aplicada ao adolescente.

Nos casos de lesão corporal, a dosimetria da medida dependerá da gravidade da conduta do adolescente, analisada no caso concreto. Obviamente, que a prática de lesões corporais leves ou vias de fato, de modo algum, devem justificar a aplicação da medida extrema.

No entanto, nas hipóteses da prática de ato infracional equiparado a lesão corporal de natureza grave, gravíssima, ou mesmo seguida de morte (arts. 129, § 1º, 2º e 3º do Código Penal) é possível admitir a semiliberdade ou a internação.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Proporcionalidade**

*TJDF - APE: 96528420108070013 DF 0009652-84.2010.807.0013*

*Processo: 96528420108070013 DF 0009652-84.2010.807.0013*

*Relator(a): JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA*

*Julgamento: 14/04/2011*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal*

*Publicação: 25/04/2011, DJ-e Pág. 122*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APELAÇÃO.*

*1. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA AO ADOLESCENTE DEVE ESPELHAR A REALIDADE POSTA NOS AUTOS, DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.*

*2. A COMINAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO É MEDIDA MAIS CONSENTÂNEA COM A REALIDADE DOS AUTOS, DEVENDO O ESTADO FAZER O DEVIDO ACOMPANHAMENTO PARA FINS DE AVALIAÇÃO DO COMPORTAMENTO DO MENOR, EM FACE DA GRAVIDADE DO DELITO COMETIDO.*

*3. APELAÇÃO DESPROVIDA.*

### **Internação / lesão corporal**

*TJSP - Processo: APL 994092314976 SP*

*Relator(a): Presidente Da Seção De Direito Privado*

*Julgamento: 22/03/2010*



*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 15/04/2010*

*INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado a lesão corporal grave. Art. 129, II, do Código Penal. Ato que culminou com a morte da irmã de apenas 4 anos. Medida socioeducativa de internação bem aplicada. Delito gravíssimo que se insere no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso improvido.*

*TJSC - Processo: APL 430905 SC 2010.043090-5*

*Relator(a): Newton Varella Júnior*

*Julgamento: 25/03/2011*

*Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal*

*Publicação: Apelação / [Estatuto da Criança e do Adolescente](#) n. , de Palmitos*

*Parte(s):*

*Apelante: K. W. B. da S.*

*Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL E DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PRÁTICA ATESTADA PELAS PRÓPRIAS PALAVRAS DO ADOLESCENTE, BEM COMO PELOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA MAIS BRANDA. IMPOSSIBILIDADE. ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS MEDIANTE VIOLÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 122 DO ECA. INTERNAÇÃO QUE SE MOSTRA ADEQUADA ANTE A GRAVIDADE DOS FATOS. RECURSO DESPROVIDO*

## **6.2 - Reiteração na prática de atos infracionais graves**

Nessa hipótese, o legislador não estabeleceu com clareza quais os parâmetros de avaliação.

A jurisprudência já se assentou no sentido de que o adolescente deve praticar pelo menos três atos infracionais graves para que assim se considere a reiteração de infrações graves, conforme interpretação estrita do artigo 122, III, do Estatuto.

Quanto ao que seja infração grave, existe uma tendência em relação ao entendimento de que sejam os atos infracionais equiparados a delitos apenados com reclusão.

Parte da doutrina entende que esse entendimento não seria razoável, uma vez que alguns delitos singelos com furtos simples poderiam ensejar esse raciocínio,<sup>100</sup> o que seria inaceitável.

Ou seja, seria somente possível a avaliação caso a caso.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Reiteração de infrações graves – tráfico de drogas, ameaça, furto e tentativa de furto – cabimento de internação**

*STJ*

*HC 211171 / SP*

*HABEAS CORPUS*

*2011/0148564-1*

*Relator(a): Ministra LAURITA VAZ*

*T5 - QUINTA TURMA*

*Data do Julgamento: 22/11/2011*

*Data de Publicação: DJe 01/12/2011*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, DE AMEAÇA, FURTOS E TENTATIVA DE FURTO. REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES GRAVES.*

---

100 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado, MPPR, Curitiba, 2010, p. 174.

*MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.*

*1. O menor que reiteradamente comete infrações graves incide na hipótese do art. 122, inciso II, da Lei n.º 8.069/90, inexistindo constrangimento ilegal em sua internação. Precedentes desta Corte Superior.*

*2. Na hipótese, a decisão que aplicou a medida socioeducativa de internação ao Paciente não levou em consideração apenas a gravidade abstrata do ato infracional praticado. Com efeito, justificou motivadamente a necessidade da medida, em razão da periculosidade do menor, concretamente evidenciada pelo cometimento de outros atos infracionais e pela falta de referencial familiar.*

*3. Ordem denegada.*

**Reiteração de infrações graves – porte de arma de fogo, porte de drogas – cabimento de internação**

*HC 211474 / DF*

*HABEAS CORPUS*

*2011/0150727-8*

*Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR*

*T6 - SEXTA TURMA*

*Data do julgamento: 06/10/2011*

*Data de publicação: DJe 09/11/2011*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PORTE DE ARMA DE FOGO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE **INTERNAÇÃO** DECORRENTE DA **REITERAÇÃO** DE INFRAÇÕES GRAVES. ART. 122 DO ECA. PRECEDENTES.*

*1. Necessária a **internação** do **menor** que, reiteradamente, comete infrações graves (análogos aos crimes de roubo - três vezes, porte e uso de drogas - três vezes), evadindo-se do estabelecimento educacional no qual cumpria medida de semiliberdade anteriormente imposta. Incidência das hipóteses do art. 122, I e II, da Lei n. 8.069/1990, não havendo constrangimento ilegal em sua **internação**.*

*2. Habeas corpus denegado.*

**Reiteração de infrações graves – tráfico de drogas e porte ilegal de arma – ausência de grave ameaça ou violência nos fatos praticados – Impossibilidade de fixação de internação**

HC 213751 / SP

HABEAS CORPUS

2011/0168625-0

Relator: Min. Gilson Dipp

Data de julgamento: 20/10/2011

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ECA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. **INTERNAÇÃO** POR PRAZO INDETERMINADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. **REITERAÇÃO** NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES NÃO DEMONSTRADA. ATOS INFRACIONAIS

DESPROVIDOS DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO DE PRONTA APLICAÇÃO DE MEDIDA MENOS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A medida extrema de **internação** só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação de adolescente é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade - em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa à reintegração do jovem à sociedade.

II. Em que pese os atos infracionais praticados pelos **menores** -

equiparados aos crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de

arma de fogo - serem revestidos de alto grau de reprovação, tais

condutas são desprovidas de violência ou grave ameaça à pessoa.

III. Apesar de o magistrado ter feito referência à reincidência dos pacientes, não foi caracterizada a **reiteração** no cometimento de outras infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta, não restando configurada qualquer das hipóteses elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

IV. A ausência de respaldo familiar adequado, e o fato de ser

usuário de drogas não permitem, isoladamente, a imposição da medida socioeducativa mais gravosa.

V. Não é possível a pronta fixação de medida menos gravosa, devendo o Julgador monocrático, o qual possui maior proximidade com os fatos, examinar detidamente a questão e fixar a medida sócio-educativa mais adequada ao caso, respeitando, contudo, os ditames legais.

VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu a **internação** por prazo indeterminado, a fim de que outra medida mais branda seja imposta aos pacientes, se por outros motivos não se encontrarem internados.

VII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

**TJDF - Processo:39864620078070001 DF 0003986-**

**46.2007.807.0001**

Relator(a):MARIO MACHADO

Julgamento:12/05/2008

Órgão Julgador:1ª Turma Criminal

Publicação:02/06/2008, DJ-e Pág. 136

ECA. ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL QUE SE AMOLDA AO TIPO DESCRITO NO ARTIGO 14, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO NÃO SUPERIOR A 03 (TRÊS) ANOS. MANUTENÇÃO. Outras passagens pelo juízo da infância. Condições pessoais desfavoráveis do menor. Reiteração no cometimento de outras infrações graves. Embora o ato infracional cometido pelo adolescente não tenha envolvido violência ou grave ameaça a pessoa, a reiteração na utilização de arma de fogo revela-se infração grave, mormente porque praticada quando em cumprimento o menor de anterior medida sócio-educativa, que não surtiu o necessário efeito pedagógico. Acrescem-se as condições pessoais desfavoráveis do menor, a prescrever a medida sócio-educativa de internação. Quando do presente ato infracional, encontrava-se evadido da unidade de semiliberdade. A teor do disposto no art. 122, II, do ECA, é possível a aplicação de medida sócio-educativa de internação quando se verifica a reiteração no cometimento de outras infrações graves. Apelo desprovido.

### **Reiteração/ três infrações**

STJ - Processo: HC 166091 MG 2010/0049262-1

Relator(a): Ministro FELIX FISCHER

Julgamento: 19/08/2010

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

*Publicação: DJe 13/09/2010*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO DELITO PREVISTO NO ART. 14, DA LEI Nº 10.826/03. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.*

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

*II - Na linha de precedentes desta Corte, a gravidade do ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma de fogo não enseja, por si só, a aplicação da medida socioeducativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA (Precedentes).*

*III - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves (Precedentes).*

*IV - A remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Precedentes). Habeas corpus concedido.*

*HC 210449 / SP*

*HABEAS CORPUS*

*2011/0141562-7*

*Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE*

*T5 - QUINTA TURMA*

*Data do julgamento: 20/09/2011*

*Data de publicação: DJe 27/09/2011*

*HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE RECEPÇÃO. IMPOSIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES (TRÊS ATOS ANTECEDENTES). MEDIDAS MENOS DRÁSTICAS ANTERIORMENTE APLICADAS QUE NÃO RESULTARAM NA RECUPERAÇÃO DO MENOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.*

*1. O art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a*

*imposição da medida socioeducativa de internação nas hipóteses de ato infracional praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa, reiteração no cometimento de outras infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.*

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a reiteração, que não se confunde com a reincidência, verifica-se com o cometimento de, no mínimo, três infrações graves antecedentes.

3. No caso, incide a hipótese contida no inciso II do art. 122 do

*Estatuto da Criança e do Adolescente*, em virtude da prática anterior de três atos infracionais graves (dois atos análogos ao delito de furto e um equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes), inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

4. De outro lado, as medidas menos drásticas anteriormente aplicadas não resultaram na almejada recuperação do menor, sendo necessária a imposição da medida mais rigorosa.

5. *Habeas Corpus* denegado.

### **6.3 - Por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta/ internação sanção**

Trata-se de hipótese conhecida como *internação sanção*, aplicada dentro de circunstâncias apreciadas durante a execução de medida socioeducativa que indiquem seu descumprimento, que se passa como forma de regressão da mesma.

Essa previsão suscita diversas controvérsias e posicionamentos que impõe sejam avaliados.

#### **6.3.1 - Da impossibilidade de conversão da medida imposta por força da remissão**

Como já destacado, a remissão pode ser imposta como forma de exclusão ou, após o início do processo socioeducativo, quando será possível sua aplicação como forma de suspensão ou extinção do processo.

Na primeira hipótese, apesar da necessária homologação judicial, a remissão é imposta como forma de exclusão do processo e sem observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por conta disso, não é possível a conversão em internação sanção em caso de descumprimento, uma vez que, como medida imposta sem contraditório, ampla defesa,

ou mesmo produção de provas, estaria violando os direitos e garantias legais e constitucionais do adolescente, ao impor medida restritiva de liberdade.

Acrescente-se o obstáculo jurídico preclusivo, pois, uma vez homologada a remissão como forma de exclusão do processo, com decisão transitada em julgado, não poderá haver ressuscitação do processo.

### **6.3.2 - Das situações em que não ocorra a devida instrução**

Já se destacou que, em situações peculiares, as partes deixam de produzir provas em face da confissão em apresentação, condenando diretamente o adolescente.

Nesses casos, eventual condenação à medida socioeducativa não pode gerar a possibilidade de regressão da medida para internação sanção, sem olvidar que o Superior Tribunal de Justiça já assentou posicionamento de que esse procedimento é nulo.

### **6.3.3 - Da necessidade de contraditório e ampla defesa para a conversão/ regressão.**

O processo de execução de medida socioeducativa somente pode admitir a regressão caso sejam cumpridos todos os trâmites inerentes ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa durante a instrução do processo de conhecimento, inclusive por força do artigo 110 do ECA<sup>101</sup>, instaurando-se uma forma de incidente de execução<sup>102</sup>.

Isso porque, somente quando sejam oferecidas oportunidades reais e efetivas do cumprimento dessas garantias legais e constitucionais é que o título executivo, ou seja, a sentença que fundamenta a execução pode gerar um processo de execução no qual possa ser avaliada, e imposta válida e legalmente, a internação sanção no caso de descumprimento.

---

101 Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

102 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado, MPPR, Curitiba, 2010, p. 176.



Aliás, se o próprio dispositivo do Estatuto prevê a impossibilidade de aplicação de remissão judicial, como forma de suspensão ou extinção do processo, cumulada com medidas de semiliberdade e internação (artigo 127) seria contraditório e ilegal que o juiz pudesse fazê-lo, de forma oblíqua, aplicando a internação sanção para o caso de descumprimento de alguma das medidas impostas cumulativamente à remissão concedida.

#### **6.3.4 - Da necessidade de contraditório e audiência de revisão**

Ainda que se siga o trâmite correto para avaliar o descumprimento da execução da medida socioeducativa, imposta no bojo do contraditório e ampla defesa, com todas as garantias, é preciso que seja dada oportunidade de defesa ao adolescente.

Nessas circunstâncias o adolescente também tem direito ao contraditório no pedido de regressão, ou seja, de ser ouvido em audiência para avaliar-se o cabimento da revisão da medida, além, é claro, da defesa técnica.

Assim, é sempre necessária a prévia oitiva do adolescente (audiência de advertência) em caso de descumprimento, em atendimento ao teor da Súmula nº 265 do STJ<sup>103</sup> e em respeito à Lei Federal n. 12.594/12, conforme previsto em seu artigo 43, § 4º) que exige:

*§ 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do [inciso III do art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), e deve ser:*

*I - fundamentada em parecer técnico;*

*II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei.*

Além disso, a Lei Federal n. 12.594/12 alterou o artigo 122, § 1º do Estatuto, estabelecendo a seguinte redação:

*“Art. 122.*

---

103 STJ Súmula nº 265 - 22/05/2002 - DJ 29.05.2002 - Medidas Sócio-Educativas por Ato Infracional - Oitiva do Menor Infrator – Regressão “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

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

### **6.3.5 - Da não regressão por saltos**

Nos casos em que seja avaliada a possibilidade de regressão, não se deve, de imediato, optar-se pela regressão à medida de internação. Se existe uma gradação de responsabilização e intensidade das medidas, é indicado que a regressão se faça inicialmente à medida imediatamente mais grave, e não necessariamente àquela privativa de liberdade.

### **6.3.6 - Do prazo de internação sanção/ regressão**

Quando se decidir pela internação sanção, entende-se que sua imposição não deve ser feita diretamente para a medida de internação, nem no máximo de três meses. Deve ser sempre avaliada a regressão à medida imediatamente mais gravosa e à imposição de prazo menor que possa ser suficiente para os efeitos da reprimenda, que deve ser a indução ao cumprimento da medida originalmente imposta.

Isso também facilita que possam ser impostos prazos menores, de forma a alcançar, na soma, os três meses, somente quando se mostrem absolutamente ineficientes as decisões anteriores de imposição da medida extrema.

Ademais, se cumpridos os três meses de regressão, há entendimento de que não se pode repeti-lo. Isso porque, cumprido o prazo limite de três meses “o procedimento original, onde a medida inicial restou descumprida, deve ser extinto, não sendo admissível que o adolescente seja novamente internado, pelo mesmo motivo, no mesmo feito”<sup>104</sup>.

Foi o que também definiu expressamente a Lei Federal n. 12.594/12, alterando a redação do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

---

104 DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado, MPPR, Curitiba, 2010, p. 174.

“Art. 122.

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

#### 6.4 - Prazos

Diversos prazos devem ser observados no que se refere à aplicação da internação.

O prazo de duração da medida é de, no mínimo, **seis meses**. O prazo máximo e improrrogável é de **três anos**. A medida automaticamente se encerra com o alcance dos **vinte e um** anos de idade, podendo ser cumprida pelo adolescente que alcançou a maioridade penal até a idade limite.

Tais prazos devem ser respeitados sob pena de responsabilidade, inclusive criminal, das autoridades que não os observem, a teor do que dispõe o artigo 235 do Estatuto, que prevê crime específico para tal conduta.

Do estabelecimento do prazo de três anos decorre o entendimento doutrinário de que a medida de internação deve alcançar todos os atos infracionais que antecedam à sentença, seja em relação à sua decretação ou início da execução, uma vez que “*não há previsão legal para o “somatório” de medidas socioeducativas*. Assim sendo, por exemplo, seja quantos tiverem sido os atos infracionais anteriores à sentença que tenha decretado a medida socioeducativa extrema da internação, estará o adolescente sujeito ao máximo de 03 (três) anos de privação de liberdade previsto pelo art. 121, § 3º, do ECA (que logicamente não poderá ser previamente fixado na sentença em razão do dispositivo do *art. 121, § 2º, primeira parte*, do Estatuto, estando sua duração condicionada ao tempo em que se fizer estritamente *necessária, ex vi* do disposto no art. 121, *caput*, primeira parte do Estatuto e art. 227, § 3º, inc. V, primeira parte, da CF)”.<sup>105</sup>

Os relatórios da equipe técnica servem de subsídio para avaliar se o adolescente está apto para reintegrar a sociedade. Todavia, não são os únicos elementos viáveis para balizar a decisão que o progredirá para medida em meio aberto.

---

<sup>105</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado, MPPR, Curitiba, 2010, p. 169/170.

Deve se atentar à situação de que, algumas vezes, as equipes interprofissionais oferecem parecer favorável à progressão de medida a socioeducandos que não têm mérito para tanto, inclusive em casos de atos graves e com parca fundamentação.

Nessas situações, é importante que o Promotor de Justiça lance mão de quesitos para complementar tais laudos e desvendar a verdade sobre o caso, buscando a certeza do sucesso do processo socioeducativo e da reinserção do adolescente ao seu meio social (**sugeridos acima**)<sup>106</sup>

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Internação – unificação de medidas – máximo de três anos**

*TJRS – Ap N° 70036019511*

*2010/Cível APELAÇÃO CÍVEL*

*OITAVA CÂMARA CÍVEL*

*COMARCA DE SANTO CRISTO*

*D.F.F. APELANTE*

*M.P. APELADO*

*Data de julgamento: 10/06/2010*

*APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. roubo. grave ameaça (arma branca). preliminar. ausência de laudo interdisciplinar. mérito. autoria e materialidade confirmada. antecedentes. aplicação de medida socioeducativa de internação. adolescente internado por ato infracional anterior. unificação da medida. cabimento.*

## **6.5 - Princípios**

Os princípios norteadores da internação são os princípios da *excepcionalidade* e da *brevidade*.

---

106 Parte 8 – DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPECIE/ 4-Liberdade Assistida/4.6 - Da possibilidade de regressão da liberdade assistida para internação-sanção/ quesitos avaliação

Excepcionalidade significa que a internação somente deve ser aplicada quando outra medida mais branda não se apresentar eficiente à responsabilização e reeducação do adolescente.

A finalidade da medida é desenvolvimento social, educacional e psicológico do socioeducando com o amparo familiar, ou que seja possível fortalecer as relações interfamiliares e comunitárias. A excepcionalidade, embora informada por todos os princípios que norteiam o Estatuto, guarda relação mais estreita com o princípio da intervenção mínima, expressamente previsto no artigo 101, VII, Estatuto.

A brevidade fundamenta-se no fato de que a internação deve corresponder ao prazo necessário para que o adolescente alcance êxito em seu progresso socioeducativo.

Vale dizer: que o adolescente não deve ficar mais tempo do que o necessário, desde que demonstre avanços em seu quadro comportamental e possa retomar de maneira sadia a vida em sociedade.

Tal princípio deve ser encarado com a máxima seriedade e comprometimento, uma vez que, conquanto possa abreviar o período de permanência do adolescente na unidade de internação, não pode servir de escusa desarrazoada para arrimar precipitadas desinternações que venham em detrimento do adolescente e da própria sociedade.

A resposta estatal deve ser proporcional ao período necessário à ressocialização.

O princípio da brevidade, além de ser norteado por todos os princípios inspiradores do Estatuto, guarda relação mais íntima com os princípios da intervenção precoce (artigo 101, VI), da proporcionalidade e atualidade (artigo 101, VIII), ambos fundamentados na excepcionalidade, conforme art. 227, § 3º, inc. V, da Constituição Federal.

O princípio decorre ainda da normativa internacional, tal como previsto no art. 37, alínea “b” e 19.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing, bem como do item 45 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad e item 1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade e artigo 35 da Lei Federal n. 12.594/12.

## JURISPRUDÊNCIA

### Princípios de brevidade e excepcionalidade

STJ - HABEAS CORPUS: HC 47030 SP 2005/0137005-5

Processo: HC 47030 SP 2005/0137005-5

Relator(a): Ministro NILSON NAVES

Julgamento: 09/02/2006

Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

Publicação: DJ 02/05/2006 p. 395

*ATO INFRACIONAL (ROUBO QUALIFICADO). MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA (INTERNAÇÃO). BREVIDADE E EXCEPCIONALIDADE (PRINCÍPIOS). PARECER TÉCNICO FAVORÁVEL.*

- 1. A medida sócio-educativa de internação deve ser regida pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.*
- 2. Carece de legalidade a decisão que, apesar de parecer técnico favorável, mantém, sem motivação, a internação do menor infrator.*
- 3. Ordem concedida.*

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: RHC 20626 PI 2006/0274650-2

Processo: RHC 20626 PI 2006/0274650-2

Relator(a): Ministro FELIX FISCHER

Julgamento: 12/02/2007

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJ 09.04.2007 p. 257

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE HOMICÍDIO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. ART. 108 DA LEI Nº 8.069/90. PRAZO MÁXIMO.*

*Tendo em vista os princípios da brevidade e da excepcionalidade, a medida de internação, antes da sentença, não pode ser mantida por prazo superior a 45 (quarenta*

*e cinco) dias, nos exatos termos do que dispõe o art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Precedentes do STJ). Recurso ordinário provido.*

### **Internação – extinção – cumprido objetivo da medida com internação anterior**

*TJPR. 2ª Câm. Criminal.*

*HC nº 161.059-7, de Capitão Leônidas Marques.*

*J. em 26.08.2004 - DJ 02.09.2004)*

*HABEAS CORPUS MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO APLICADA POR FORÇA DE SENTENÇA SUBSTITUIÇÃO DESTA PELA DE LIBERDADE ASSISTIDA RELATÓRIO TÉCNICO FAVORÁVEL E CONCORDÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEFERIMENTO SUPERVENIÊNCIA DE NOVA SENTENÇA, POR FATO ANTERIOR ÀQUELE JULGADO, QUE APLICA MEDIDA DE INTERNAÇÃO MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO INVIABILIDADE OBJETIVO JÁ ATINGIDO COM A EXECUÇÃO DA MEDIDA POR DECISÃO ANTERIOR. ORDEM CONCEDIDA. Em razão do caráter sócio-educativo da medida de internação e da comprovação, por meio de relatório técnico, dos resultados positivos dela, não se justifica nova aplicação desta medida, decretada por sentença superveniente, concernente a fato anterior àquela aplicada.*

## **6.6 – Da reavaliação**

Conforme determinado no § 2º do art. 121, a medida deve ser reavaliada, no máximo, a cada seis meses. Essa avaliação deve ser feita pela equipe multiprofissional, de formação técnica, e não jurídica. No entanto, desde que adequada, sua revisão pode ser feita em período até inferior, caso se constate a evolução do quadro suficiente para a progressão da medida ou outra forma de intervenção ou reavaliação do Plano individual de atendimento.

Dessa forma, a reavaliação tem o caráter de incidente da execução, instaurado com o laudo e deve ter a tramitação necessária e célere para garantir o direito do executado, sempre ouvidos o Ministério Público e o defensor do executado, o que decorre dos direitos e garantias previstos no Estatuto, artigos 110 e 111 e da própria Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV.

## 6.7 - Necessidade de contraditório

A internação apenas pode ser aplicada com a segurança das garantias constitucionais do devido processo legal, portanto, com o necessário contraditório e a devida articulação da ampla defesa, arrimado na Constituição Federal, art. 5º, inc. LIV e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 110.

É inadmissível aplicar-se uma medida que implique a restrição da liberdade do adolescente sem que a ele sejam resguardadas tais garantias e sem que a sentença, que fundamenta a medida, traga elementos necessários e suficientes a indicar a necessidade de sua aplicação.

## JURISPRUDÊNCIA

### Internação/ cabimento

*EMENTA: HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. REITERAÇÃO INFRACIONAL EVIDENCIADA NOS AUTOS. ART. 122, II, DO ECA. LEGALIDADE DA MEDIDA. ORDEM DENEGADA.*

*1. O art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a internação do adolescente será cabível quando o ato infracional for perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa ou na hipótese de reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente aplicada.*

*2. A medida de internação foi devidamente aplicada, encontrando amparo no inciso II do art. 122 do ECA, porquanto há nos autos confirmação da reiteração da prática de atos infracionais pelo adolescente, perfazendo um total de 8 (oito) condutas anteriores, circunstância que autoriza a imposição segregação do menor, conforme a jurisprudência desta Corte. 3. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS No 115.518 – SP; Ministro Jorge Mussi; Quinta Turma; Julgado em 19/08/09).*



*EMENTA: APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. Roubo. Violência. Concurso de agentes. Autoria e materialidade confirmada. aplicação de medida socioeducativa de internação. Adolescente internado por ato infracional anterior. Unificação da medida. cabimento. (TJRS, Apelação Cível nº N° 70033300088, Relator: Des. Rui Portanova, Julgado em 17/12/09).*

### **Internação/contraditório**

*STF - HABEAS CORPUS: HC 85503 SP*

*Processo: HC 85503 SP*

*Relator(a): CARLOS VELLOSO*

*Julgamento: 20/06/2005*

*Órgão Julgador: Segunda Turma*

*Publicação: DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00400 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 444-454 RTJ VOL-00195-01 PP-00259*

*Parte(s):*

*NATANAEL CAVALCANTE DE SOUZA PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA  
ARZABE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

*Ementa*

*PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGIME DE SEMILIBERDADE. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRACIONAL: FURTO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. INAPLICABILIDADE. LEI 8.069/90, arts. 101, 112, VII, 113 e 122.*

*I. - Compete ao juízo de mérito da ação socioeducativa, após o procedimento de apuração do ato infracional no qual sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, a aplicação das medidas de internação previstas nos incisos I e II do art. 122 do ECA.*

*II. - Não há falar em "internação-substituição" com fundamento no art. 113 do ECA, dado que a substituição somente é aplicável quanto às medidas específicas de proteção. Precedentes.*

*III. - H.C. deferido.*

## **Capítulo 9 – EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - TEMAS RELEVANTES**

### **1 – Incidentes de execução das medidas socioeducativas**

O Estatuto da Criança e do Adolescente não estabeleceu, quando de sua promulgação em 1990, um procedimento a se observado no que se refere à execução das medidas socioeducativas. Somente estabeleceu situações específicas para o cumprimento da execução, ou elenca direitos gerais dos adolescentes privados de liberdade.

Contudo, neste ano de 2012, finalmente foi aprovada a Lei Federal n. 12.594/12 que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

O Estatuto apenas fazia menção a *incidentes* esparsos *de execução*, como hipóteses de cumulação, substituição, prorrogação e regressão de medidas, sem, contudo, estabelecer os parâmetros procedimentais em que deverão ser instaurados.

Por força do artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assentou-se na melhor doutrina e jurisprudência, fossem aplicados os institutos da Lei de Execução Penal (Lei Federal n. 7.210/84), desde que compatíveis com os objetivos do Estatuto.

No entanto, com a edição da Lei Federal n. 12.594/12 a aplicação analógica da Lei de Execuções Penais ficará reservada, em respeito ao princípio da especialidade, somente a eventuais hipóteses excepcionais que a nova lei não tenha tratado, lembrando-se que, em princípio, os parâmetros envolvendo adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade deve ser buscado nas Regras de Beijing.

### **2 – Dos princípios orientadores da execução das medidas socioeducativas**

De acordo com o artigo 35 da Lei Federal n. 12/594/12 (SINASE), a execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

*I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;*

*II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;*

*III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;*

*IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;*

*V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o [art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#);*

*VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;*

*VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;*

*VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou **status**; e*

*IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.*

Em verdade, a nova norma previu alguns princípios já estabelecidos no Estatuto quando de sua redação original: no tocante à medida de internação (brevidade e excepcionalidade – artigo 121 do Estatuto).

Outros princípios foram inspirados na própria norma do artigo 100, reformado pela Lex Federal n. 12.010/09 que inseriu no texto do Estatuto muitos destes novos princípios, mas referentes às medidas protetivas.

Foram agora repetidos na Lei Federal n. 12.594/12 que instituiu o SINASE, desta vez em relação às medidas socioeducativas.

Em síntese, conforme destacado, já haviam sido previstos o princípio da legalidade (artigo 103); excepcionalidade da intervenção judicial (em relação à medida de internação – artigo 121), proporcionalidade (artigo 100, VIII), brevidade (artigo 100, VI); individualização (em relação à medida de internação – artigo 123); intervenção

mínima (artigo 100, VII), fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo (artigo 100, X).

As inovações foram relativas aos princípios da vedação de imposição medida mais gravosa do que em relação a adultos; a busca por meios de autocomposição de conflitos; a prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e destinadas a atender, sempre que possível, as necessidades das vítimas; não discriminação do adolescente.

### **3 – Do processo de execução de medidas socioeducativas**

Até a promulgação da Lei Federal n. 12.594/12 que instituiu o SINASE, o processo de execução era instaurado a partir da expedição de regular guia de execução, com a realização de *audiência admonitória*, utilizada para que a autoridade judiciária discorresse acerca dos limites da medida socioeducativa e dos deveres do adolescente para com o seu cumprimento e eventuais consequências decorrentes do seu descumprimento.

Agora a nova lei prevê duas vias procedimentais de execução para o cumprimento das medidas socioeducativas:

- a) de execução nos próprios autos do processo de conhecimento em relação às medidas de proteção, advertência e reparação do dano, desde que aplicadas de forma isolada (artigo 38 da Lei Federal n. 12.594/12).
- b) de execução em autos apartados (autos próprios) para as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação, formados com base em documentos pessoais do adolescente (existentes no processo de conhecimento) e, obrigatoriamente: cópias da representação, da certidão de antecedentes, da sentença ou acórdão, dos estudos técnicos realizados durante a fase de conhecimento (artigo 39 da Lei Federal n. 12.594/12). A mesma forma deverá ser utilizada para os casos de remissão como forma de suspensão do processo (parágrafo único da Lei Federal n. 12.594/12).

O procedimento de execução das medidas socioeducativas está regulamentado nos artigos 38 a 59 da Lei Federal n. 12.594/12.

O artigo 40 prevê que “autuadas as peças, a autoridade judiciária encaminhará, imediatamente, cópia integral do expediente ao órgão gestor do atendimento socioeducativo, solicitando designação do programa ou da unidade de cumprimento da medida.”

Após tal passo, será dada vista dos autos, já com a proposta de plano individual de atendimento ao defensor e ao Ministério Público pelo prazo de 3 dias (artigo 41).

Defesa e Ministério Público poderão pedir a realização de avaliação ou pericia para complementar o plano individual (artigo 41, parágrafo único).

Se o juiz entender a impugnação ou complementação do plano individual pleiteada pela defesa ou pelo Ministério Público desmotivada poderá indeferir o requerimento (artigo 41, § 2º da Lei Federal n. 12.594/12).

O Juiz poderá, se entender necessário, designar audiência para dirimir a questão, cientificando a defesa, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável (artigo 41, § 3º).

A impugnação não suspenderá a execução do plano individual, a não ser que o juiz assim defira (artigo 41, § 4º), decisão esta que, apesar da ausência de expressa referência no texto normativo, deverá ser fundamentada.

Se não houver impugnação por qualquer das partes o plano individual será homologado judicialmente (artigo 41, § 5º).

Para as medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade o Plano deverá ser elaborado em 15 dias (artigos 52 e 56) e nos casos de medidas socioeducativas de semiliberdade e internação em até 45 dias (artigos 52 e 55, parágrafo único).

#### **4 – Do recurso cabível**

Das decisões interlocutórias no curso da execução, deverá ser interposto *agravo de instrumento*, nos termos da legislação processual civil, a teor do que dispõe o artigo 198 do Estatuto, no que se refere à aplicação da sua sistemática.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Agravo de instrumento - parecer técnico**

*TJRS Processo: AI 70041491507 RS*

*Relator(a): Rui Portanova*

*Julgamento: 09/06/2011*

*Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível*

*Publicação: Diário da Justiça do dia 15/06/2011*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. PROGRESSÃO DA MEDIDA. PARECER TÉCNICO FAVORÁVEL. COERÊNCIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO. ANALOGIA ENTRE O SISTEMA PENAL DA EXECUÇÃO DA PENA E SISTEMA DE EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. CABIMENTO.*

## **5 – Gravidade do ato infracional**

A aplicação da medida socioeducativa há de levar em consideração a *gravidade do ato infracional* atribuído ao adolescente.

O próprio Estatuto fornece, como subsídio à conceituação de atos infracionais graves, a noção daqueles cometidos mediante violência ou grave ameaça a pessoa, quando cuida da hipótese da possibilidade de internação provisória do adolescente.

Ou seja, há que ser feita uma distinção entre ato infracional grave e gravidade do ato infracional para efeitos de dosimetria da medida socioeducativa.

Os critérios não devem ser rígidos e a gravidade do ato infracional deve também ser considerada, levando-se em conta o grau de comprometimento social e

envolvimento com a criminalidade ou outras condutas antissociais para se definir a medida mais adequada ao caso concreto.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Gravidade de ato infracional**

*EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Ato infracional equivalente ao delito de furto. Writ impetrado em face de decisão que indeferiu liminar. Medida de internação. Excepcionalidade da medida extrema. (REsp. 143.283 – SP; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma; Julgado em 05/11/09).*

*EMENTA: Menor - Representação por ato infracional equiparado ao crime descrito pelo artigo 157, §3º, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal - Provas de autoria e materialidade - Gravidade do ato infracional - Adequação da medida socioeducativa de internação - Inteligência do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível nº 183.963-0/0-00, Relator: Des. Eduardo Pereira, Julgado em 14/12/09).*

## **6 - Reincidência e reiteração**

A reincidência deve se referir a parâmetros não previamente expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente e não se confunde com a questão da reiteração no cometimento de atos infracionais, o que já foi objeto de apreciação no presente trabalho.

Em relação à remissão, mesmo que seja aplicada medida socioeducativa, essa circunstância não pode gerar reincidência propriamente dita, uma vez que, a rigor, não foi aplicada uma medida socioeducativa em processo de conhecimento que seguiu todo o curso de sua instrução, com audiência de apresentação, defesa prévia, audiência em continuação (de instrução e julgamento), debates e sentença.

No entanto, é fato que a remissão nesses casos pode servir de critério para aplicação da medida mais adequada ao adolescente, considerando seu perfil social e seu comprometimento com a prática de atos infracionais.

Também os registros de procedimentos arquivados por falta de provas de autoria e/ou materialidade não podem servir de critério para reincidência na prática de atos infracionais, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade ou inocência previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Assim, o melhor critério para aferição da *reincidência na prática de atos infracionais* deve guardar relação com a anterior aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente decorrentes de processos de conhecimento exauridos e com sentença proferida pela autoridade judiciária, com trânsito em julgado, não valendo para as decisões de aplicação de medidas socioeducativas cumuladas com remissões, tanto na fase pré quanto na processual.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Reincidência e reiteração – diferença**

***EMENTA:*** RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Ato infracional equivalente ao crime de furto qualificado. Medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado. Alegação de prescrição. Inocorrência excepcionalidade da medida extrema.

I - As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Consequentemente, **a fortiori**, no caso de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. (**Precedentes**).

II - "A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas." (**Súmula n. 338/STJ**).

III - Tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem prazo de duração certo, o cálculo da prescrição, por analogia, deve ter em vista o limite de 3 (três) anos previsto para a duração máxima da medida de internação, na forma do art. 121, § 3º, do ECA. (**Precedentes**). Frise-se que se a analogia com o Código Penal serve ao procedimento da medida socioeducativa, deve servir em todos os seus termos.

IV - O disposto no art. 115 do CP é aplicável ao cálculo do prazo prescricional da medida socioeducativa. (**Precedentes**).

V - O ato infracional foi praticado em 30/11/2006. A representação foi recebida em 03/01/2008. A decisão que a acolheu foi prolatada em 04/12/2008, aplicando a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado. O prazo prescricional seria, na hipótese, de **4 (quatro) anos** (artigos 109, inciso VI, e 115 do CP). Assim, resta claro que não ocorreu a prescrição.



VI - Lado outro, a medida socioeducativa de internação somente está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (**Precedentes**).

VII - Sendo assim, a gravidade do ato infracional equivalente ao delito de furto qualificado não enseja, por si só, a aplicação da medida socioeducativa de internação, uma vez que a infração não é praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, **ex vi** do art. 122, inciso I, do ECA (**Precedentes**).

VIII - Outrossim, a reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida socioeducativa de internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas pelo recorrente apenas 2 (duas) práticas infracionais anteriores, tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a aplicação da referida medida (**Precedentes**). (Recurso em HC 25.643 – RS; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma; Julgado em 26/05/09).

EMENTA: MENOR –Ato infracional análogo ao roubo qualificado - Imposição de medida de semiliberdade - Recurso do Ministério Público pugnando pela internação - Admissibilidade - Adolescente que já se encontrava em liberdade assistida e prestando serviços à comunidade por anterior prática de roubo - Reincidência específica - Internação recomendada - Recurso provido para determinar a internação, com reavaliações periódicas semestrais. (TJSP, Apelação Cível nº 134.550-0/2-00, Relator: Des. José Cardinale, Julgado em 07/08/06).

### **Reiteração - prática de três atos infracionais**

TJSC - Processo: APL 43777 SC 2009.004377-7

Relator(a): Carlos Alberto Civinski

Julgamento: 25/03/2010

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal

Publicação: Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. , de Itajaí

Parte(s):

Apelante: A Justiça, por seu Promotor

Apelado: C. H. M.

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. NECESSIDADE DE REITERAÇÃO DE NO MÍNIMO 3 (TRÊS)

*INFRAÇÕES PARA CARACTERIZAR A HIPÓTESE TAXATIVA PREVISTA NO INCISO II DO ARTIGO 122 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MENOR INFRATOR QUE REGISTRA APENAS UM ATO INFRACIONAL ANTERIOR. REINCIDÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM A REITERAÇÃO LEGALMENTE EXIGIDA. CORRETA APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIBERDADE ASSISTIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

## **7 - Proporcionalidade da medida**

A medida socioeducativa deve observar um critério de proporcionalidade com a conduta cometida pelo adolescente, considerando sempre sua personalidade, sua aptidão de reeducação, a repercussão social e, em alguns casos, a própria segurança do adolescente, tudo em respeito ao princípio agora previsto no artigo 35, IV, da Lei Federal n. 12.594/12.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Proporcionalidade da medida**

*EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE HOMICÍDIO TENTADO - COMPROVAÇÃO - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - ADEQUAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO- Comprovada nos autos a prática de ATO INFRACIONAL análogo ao delito de homicídio, correta a decisão que houve por bem aplicar ao menor infrator a MEDIDA socioeducativa de internação.- Existindo relação de PROPORCIONALIDADE entre a MEDIDA socioeducativa aplicada e as circunstâncias e gravidade da infração, correta a sentença. (TJMG, APELAÇÃO CRIMINAL No 1.0105.06.199906-3/001, Relator: Des. José Antonino Baía Borges, Julgado em 06/12/07).*

*EMENTA: MENOR INFRATOR - TRÁFICO DE ENTORPECENTE - DECISÃO QUE APLICOU AO ADOLESCENTE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - Recurso deste pretendendo a absolvição com base em fragilidade probatória - Inconsistente - Decisão de procedência lastreada em contexto probatório consistente e idôneo - Adolescente que registra várias passagens anteriores por atos infracionais*

*graves - Proporcionalidade da medida aplicada em relação à gravidade do ato e desvio de conduta apresentada pelo adolescente - Conveniência da internação - Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível nº 133.207.0/0-00, Relator: Des. Fabio Quadros, Julgado em 31/07/06).*

## **8 – Progressão**

A progressão ocorre, eventualmente, após o cumprimento das medidas restritivas de liberdade – internação e semiliberdade – para as medidas em meio aberto.

Isso porque, em relação às *medidas em meio aberto*, não há que se falar em progressão, mas apenas em *substituição*, dada natureza de cada uma delas e sua incompatibilidade ínsita.

Com efeito, não haveria sentido em se falar de progressão de uma medida de liberdade assistida para uma medida de prestação de serviços à comunidade.

Contudo, o adolescente pode progredir de uma medida de internação para uma medida de semiliberdade (transição) ou de liberdade assistida; ou de uma medida de semiliberdade para uma medida de liberdade assistida.

Vale salientar que após o cumprimento das medidas restritivas de liberdade, o adolescente poderá ser liberado compulsoriamente, com a declaração de extinção das medidas socioeducativas privativas de liberdade impostas, sem necessidade de progressão, dependendo das circunstâncias do caso concreto e das conclusões alcançadas pelos laudos da equipe interprofissional, conforme previsto no artigo 46, II, da Lei Federal n. 12.594/12.

Note-se, inclusive, que a questão da orientação da medida socioeducativa tem exigido a elaboração do laudo técnico correspondente, pois trata-se de importante elemento para balizar a medida socioeducativa.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Laudo interdisciplinar – ausência de nulidade**

*TJRS - Apelação Cível: AC 70038244075 RS*

*Processo: AC 70038244075 RS*

*Relator(a): Jorge Luís Dall'Agnol*

*Julgamento: 14/06/2011*

*Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível*

*Publicação: Diário da Justiça do dia 17/06/2011*

*Ementa*

*APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE LAUDO INTERDISCIPLINAR. DESNECESSIDADE*

*TJSC - Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente: APL 713115 SC 2010.071311-5*

*Processo: APL 713115 SC 2010.071311-5*

*Relator(a): Torres Marques*

*Julgamento: 21/03/2011*

*Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal*

*Publicação:*

*Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. , da Capital*

*Parte(s):*

*Apelante: E. B.*

*Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

*Ementa*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À CONDUTA TÍPICA DESCRITA NO ART. 157, § 2º, I DO CP. PRELIMINAR. ARGUIDA A NULIDADE DA SENTENÇA PELA AUSÊNCIA DE LAUDO INTERDISCIPLINAR. MERA FACULDADE DO JUIZ (ART. 186, CAPUT, DO ECA). EIVA INEXISTENTE. PREFACIAL REPELIDA. MÉRITO. INSURGÊNCIA CONTRA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IRROGADA. ATO INFRACIONAL COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 122, I, C/C ART. 120, § 2º, DO ECA. SEMILIBERDADE MANTIDA. APELO DESPROVIDO.*

**Laudo específico – necessidade/obrigatoriedade**

STJ - HABEAS CORPUS: HC 40884 PR 2005/0000726-0

Processo: HC 40884 PR 2005/0000726-0

Relator(a): Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Julgamento: 06/04/2005

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJ 09.05.2005 p. 445

*Ementa*

*"HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE. Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais. É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes." Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial.*

**9 - Regressão das medidas socioeducativas/ Internação-sanção**

O Estatuto prevê a possibilidade de alteração das medidas socioeducativas, seja pela progressão ou regressão, considerando as regras dos artigos 99 e 113 e do artigo 43 da Lei Federal n. 12.594/12.

Especificamente em relação à regressão referente à internação sanção, está prevista no artigo 122, III e parágrafo , do Estatuto e já foi comentada em tópico próprio<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Parte 8 – DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPECIE/5.3 - Por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta/ 5 – Internação/internação sanção

Prevê uma possibilidade específica de internação ao adolescente nos casos de descumprimentos reiterados e injustificáveis de medidas em meio aberto, ou mesmo de semiliberdade.

### **9.1 - Conceito de reiteração para regressão**

Dentro do conceito de regressão é preciso retomar a idéia de *reiteração de descumprimento* da medida que deve guardar relação com a modalidade de medida aplicada ao adolescente, sendo de extrema valia os relatórios da equipe interprofissional que acompanha seu descumprimento pelos adolescentes.

Deve ser salientado que, caso o relatório aponte um total descaso do adolescente desde o início das intervenções e a infringência de suas regras desde o começo de seu cumprimento, não há se falar em um descumprimento isolado que não possa dar ensejo à regressão, ainda que seja o primeiro relatório apresentado ao juízo acerca do efetivo descumprimento da medida pelo adolescente.

### **9.2 – Não regressão por salto<sup>108</sup>**

Essa possibilidade, embora não seja a mais recomendável, diz respeito à regressão *per saltum*.

Isso porque, em hipóteses de descumprimento de medidas mais brandas o ideal é a evolução paulatina às medidas mais graves e não necessariamente à de internação.

Ora, considerando a gradação de responsabilização das medidas, entende-se adequado que a regressão seja feita à imediatamente mais grave, conforme agora sugere o artigo 42, § 3º da Lei Federal n. 12.594/12.

### **9.3 – Da audiência de advertência**

---

108 Já tratado em Parte 8 – DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPECIE/5 – Internação/ 5.3.5 - Da não regressão por saltos

Já era muito usual na prática, antes da determinação da regressão impositiva da internação-sanção, a realização de *audiências de advertência*, ou *de revisão*, nas quais se mostrava possível chamar a atenção do adolescente acerca da finalidade da medida, da necessidade e profilaxia de seu cumprimento para o seu processo de reeducação, bem como das consequências do não cumprimento da medida.

A utilização analógica do instituto previsto no artigo 118, parágrafo 2º da Lei de Execuções Penais (Lei Federal n. 7.210/84) não mais se faz necessária em razão da previsão dos artigos 42 e 43, § 4º, ambos da Lei Federal n. 12.594/12 recentemente aprovada.

O descumprimento deve ser considerado *injustificado* sempre que revele que o adolescente não aderiu internamente ao processo socioeducativo e não apresenta disposição para o cumprimento das regras que visam a sua própria reeducação e mudança de trajetória de seu modo de vida, revelando ser refratário e displicente às intervenções técnicas, que procuram alterar aquele comportamento que o levou à prática de ato infracional.

O *prazo máximo e improrrogável* da internação nesses casos, é de três meses, não podendo ser prorrogado sob pena de responsabilidade, inclusive no âmbito criminal da autoridade competente (artigo 122, § 1º com a nova redação conferida pela Lei Federal n. 12.594/12).

#### **9.4 - Renovação da internação sanção**

Quanto à possibilidade de renovação, o prazo máximo a ser observado, no caso de aplicação de diversas internações-sanções, será o de três meses previsto no artigo 122, § 1º, do Estatuto, sob pena de aplicação de medida definitiva de internação por via transversa e sem fundamento no título executivo originária.

Ou seja, a medida deve ser realmente imposta em partes, preferindo prazos menores que possam induzir e facilitar a adaptação à medida original, e fundamentada em laudo técnicos quanto à progressão. A atenção, no entanto, é que na soma não pode passar os três anos.

## 9.5 - Da oitiva prévia

A Súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça, a teor do que ocorre com as execuções dos imputáveis, impõe a necessidade de *oitiva prévia* do adolescente perante a autoridade judiciária para que apresente as suas razões de descumprimento, acompanhado de defensor, para que seja avaliada a necessidade da aplicação da medida de internação sanção.

Essa regra foi adotada no artigo 43, § 4º da Lei Federal n. 12.594/12:

§ 4º *A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do [inciso III do art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), e deve ser:*

*I - fundamentada em parecer técnico;*

*II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei.*

## 9.6 - Do procedimento para regressão/ contraditório

Para que seja decidida pela internação-sanção, mister se faz que haja um *regular processo socioeducativo*, com o termo de uma sentença que aplique uma medida socioeducativa mais grave ao adolescente, presentes as garantias da ampla defesa e do contraditório, sob pena de aplicação de uma medida restritiva de liberdade, com violação transversa destas garantias constitucionais (v. artigo 122, § 1º do Estatuto, com a nova redação conferida pela Lei Federal n. 12.594/12).

## JURISPRUDÊNCIA

### Internação sanção

*EMENTA: CRIMINAL. HC. ECA. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS A INVASÃO DE DOMICÍLIO E FURTO. SEMILIBERDADE. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA INTERNAÇÃO-SANÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA DO ADOLESCENTE. HIPÓTESES DO ART. 122 DO ECA NÃO CONFIGURADAS. SUPERVENIÊNCIA DE*



*REGRESSÃO DA MEDIDA. INEXISTÊNCIA DE CÓPIA DA DECISÃO NOS AUTOS. ARGUMENTOS SUPERADOS. ORDEM DENEGADA.*

*I. Hipótese na qual foi imposta semiliberdade ao paciente, pela prática de atos infracionais equiparados a invasão de domicílio e furto, tendo o Magistrado singular, em razão do descumprimento da medida socioeducativa, decretado a internação-sanção do adolescente.*

*II. Se a regressão da semiliberdade para a medida socioeducativa mais gravosa foi precedida de audiência de oitiva do adolescente, não há que se falar em ofensa ao contraditório ou à ampla defesa, tampouco em descumprimento da Súmula n.º 265 desta Corte.*

*III. O fato de não constar dos autos o inteiro teor da superveniente decisão que determinou ao réu a regressão da semiliberdade para a internação impede o exame de sua legalidade, pois os fundamentos deste decisum é que atualmente sustentam a manutenção da medida mais gravosa.*

*IV. Ordem denegada. (HC 73.540 – RJ; Ministro Gilson Dipp; Quinta Turma; Julgado em 10/05/07).*

*EMENTA: VOLTA-SE CONTRA DECISÃO QUE CONVERTEU A MEDIDA DE SEMI LIBERDADE POR INTERNAÇÃO SEM PRAZO DETERMINADO - ALEGAÇÃO DE SER INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO - O adolescente precisa ser afastado do ambiente deletério, refletir sobre as infrações que cometeu, realizar tratamento da dependência química, resgatar os vínculos familiares e introjetar valores socialmente aceitos, o que não tem conseguido em meio aberto - Licitude da internação com base nos arts. 99, 100 e 113, do eca preservando a vida do adolescente que necessita receber intensivo acompanhamento institucional. Recurso desprovido. (TJSP, AGRADO DE INSTRUMENTO n. 157.459-0/5-00, Relator: Des. Eduardo Gouvea, Julgado em 07/07/08).*

### **Necessidade de contraditório**

*Processo: HC 116205 RS 2008/0209671-5*

*Relator(a): Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)*

*Julgamento: 23/11/2010*

*Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA*

*Publicação: DJe 17/12/2010*

*HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA. REGRESSÃO PARA A MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DO MENOR. SÚMULA 265 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

- 1. É obrigatória a oitiva prévia do adolescente infrator antes de se determinar a regressão da medida socioeducativa, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a teor do enunciado n° 265 da Súmula desta Corte.*
- 2. O simples fato de o paciente ter sido advertido, no momento em que houve a progressão da medida socioeducativa, de que o seu descumprimento acarretaria o retorno à medida de internação, não afasta a obrigatoriedade do magistrado em proceder nova oitiva do adolescente antes de determinar sua regressão.*
- 3. Habeas corpus concedido, em conformidade com o parecer ministerial, para cassar a decisão que determinou a regressão do paciente para a medida de internação, devendo outra ser proferida somente após a sua prévia oitiva, restabelecendo-se, enquanto isso, a medida socioeducativa da liberdade assistida.*

*Processo: HC 70027176320 RS*

*Relator(a): Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves*

*Julgamento: 05/11/2008*

*Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível*

*Publicação: Diário da Justiça do dia 13/11/2008*

*HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. REGRESSÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. MANIFESTAÇÃO DO INFRATOR.*

*Ocorre infração ao art. 110 do ECA, configurando violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, quando é operada a regressão de medida socioeducativa de liberdade assistida para internação sem possibilidade de atividades externas, sem que tenha sido oportunizada a prévia manifestação do infrator. Ordem concedida. (Habeas Corpus N° 70027176320, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 05/11/2008)*

## **9.7 - Maioridade civil**

As medidas socioeducativas podem ser aplicadas até o alcance de vinte e um anos de idade, independente da alteração da maioridade civil preconizada pelo Código

Civil de 2002, já que o objetivo da reeducação e ressocialização do adolescente não pode ficar à mercê da sua capacidade para a prática de atos civis. O tema já foi tratado acima<sup>109</sup>.

Antes mesmo da reforma civil, havia a possibilidade de aplicação de tais medidas aos penalmente imputáveis, e tal reforma não desnaturou de forma alguma o instituto e a possibilidade de sua aplicação.

Ademais, não se justificaria a extinção da ação socioeducativa, caso estivesse prestes à completar a maioridade civil ou penal.

Destaque-se o disposto no artigo 113 do Estatuto, segundo o qual os princípios elencados no artigo 100 do referido estatuto sejam observados, quando da aplicação da medida socioeducativa.

Por fim, a Lei Federal n. 12.594/12 estabelece, em seu artigo 35 os princípios específicos referentes à execução das medidas socioeducativas:

*A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:*

*I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;*

*II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;*

*III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;*

*IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;*

*V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o [art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#);*

*VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;*

*VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;*

---

109 Parte 3 - FASE PRÉ-PROCESSUAL - APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA/ 3 - Providências após a oitiva informal/ 3.2 - Da maioridade

*VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou **status**; e*

*IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.*

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Maioridade Civil**

***EMENTA:** HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. PACIENTE MAIOR DE DEZOITO E MENOR DE VINTE UM ANOS. IMPOSIÇÃO DE SEMILIBERDADE. POSSIBILIDADE. ORDEN DENEGADA. (HABEAS CORPUS No 94.939-8 – RJ; Ministro Joaquim Barbosa; Segunda Turma; Julgado em 14/10/08).*

***EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL - ECA - ATO INFRACIONAL SIMILAR AO CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - MAIORIDADE NO CURSO DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - INADMISSIBILIDADE. Instaurado o devido processo legal contra adolescente, a circunstância de ter atingido a maioridade civil no curso do procedimento não autoriza a extinção do processo sem julgamento de mérito, porque, na forma do art. 104, parágrafo único, c/c art. 121, §5o, da lei federal 8.069/90, deve ser considerada a idade do agente à época dos fatos e se afigura possível a imposição de medida socioeducativa até a idade de 21 anos. Medida socioeducativa - Abrandamento - Impossibilidade. - Verificada a prática de infração grave atribuída a adolescente, com violência à pessoa, justifica se, em seu próprio benefício, a imposição de medida socioeducativa de internação, em estabelecimento próprio, a teor do artigo 112, inciso vi, do estatuto da criança e do adolescente, mormente quando inequivocamente demonstrada nos autos sua propensão delitiva. Recurso desprovido. (TJMG, APELAÇÃO CRIMINAL No 1.0625.06.056813-0/001(1), Relator: Des. Judimar Biber, Julgado em 12/06/07).*

### **9.8 - Prescrição**

Tendo o processo socioeducativo a finalidade precípua de aplicação de medidas que buscam reeducar o adolescente, além de tornar viável o seu retorno ao seio da sociedade, o Estatuto não fez nenhuma menção acerca da prescrição das medidas socioeducativas.

Contudo, com o desenvolvimento do direito penal juvenil, muitos foram aqueles que sustentaram a possibilidade de aplicação de tal instituto ao Estatuto, dada a relação intrínseca entre o conceito de ato infracional e de crime, propriamente ditos.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 338<sup>110</sup>, na qual prevê a possibilidade de aplicação do instituto da prescrição aos atos infracionais.

Todavia a aludida Súmula não explicitou os critérios de aferição para o seu reconhecimento, muito embora em diversos julgados tenha determinado parâmetros para a sua aplicação. À doutrina, coube o encargo de solucionar as questões advindas da edição do entendimento do Tribunal Superior.

Para alguns, para o cálculo da prescrição, deve ser levada em consideração a *pena do crime ao qual corresponde o ato infracional*, de acordo com os parâmetros do artigo 109, do Código Penal, dividindo-se *pela metade*, em virtude da menoridade do agente (art. 115 do Código Penal).

Contudo tal critério não se mostra o mais adequado, uma vez que na área da Infância e Juventude está se discutindo a aplicação de medida socioeducativa e não pena.

Outra hipótese está na aplicação e avaliação do critério máximo de três anos, levando-se em conta o prazo de internação, como o parâmetro adequado à perda do direito à persecução pela prescrição.

Para a análise da prescrição em concreto deve ser considerada a natureza da medida aplicada ao adolescente e o prazo máximo de seu cumprimento para que seja alcançado o prazo de prescrição da medida socioeducativa, conforme tem apontado a jurisprudência.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Prescrição três anos**

---

110 STJ Súmula nº 338 - 09/05/2007 - DJ 16.05.2007 - Prescrição Penal - Medidas Sócio-Educativas “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas.”

**EMENTA:** ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO. EVASÃO. EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA OU PERDA DO OBJETO. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que "A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas" (Súmula 338/STJ). 2. O prazo prescricional deve ter por parâmetro, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, a duração máxima da medida de internação (3 anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença.

3. A declaração da extinção da pretensão executória pela perda do objeto ou do interesse de agir impescinde do transcurso do lapso prescricional. 4. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS No 90.678 – RJ; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma; Julgado em 15/09/09).

### **Prescrição – prazo de três anos/ com redutor do art. 115 do CP**

**EMENTA:** ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A FURTO SIMPLES. APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO AO DIREITO MENORISTA. POSSIBILIDADE. SÚMULA No 338/STJ. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO. NÃO OCORRÊNCIA

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o instituto da prescrição se aplica aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas socioeducativas, além de seu caráter preventivo e reeducativo, têm natureza retributiva e repressiva. Súmula no 338/STJ. 2. Se a sentença não fixou prazo concreto, a prescrição é adimplida somente a partir do limite máximo de 3 (três) anos, previsto pelo art. 121, § 3o, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes.

3. Segundo o que determina o art. 109, inciso IV, combinado com o art. 115, ambos do Código Penal, não se vislumbra a ocorrência da extinção da punibilidade estatal, tendo em vista que não se adimpliu o prazo de 4 (quatro) anos entre o recebimento da representação (8/2/2006) e da publicação da sentença (1o/8/2007), tampouco entre esta e a presente data.

4. Recurso ao qual se nega provimento. (REsp No 1.049.444 - RS; Ministro Og Fernandes; Sexta Turma; Julgado em 27/10/09).

**STF HC N. 88.788-SP**

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA

Data de julgamento: 22/04/2008

*EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. LEGITIMIDADE. INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE. PARÂMETRO. PENA MÁXIMA COMINADA AO TIPO LEGAL. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL À METADE COM BASE NO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. HIPÓTESE DE CRIME DE ROUBO. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA, NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não incide a irregularidade apontada pela impetrante, no sentido de que a medida de internação-sanção teria sido decretada antes do envio de precatória para a comarca onde o paciente estaria residindo. Constam informações nos autos de que a execução da medida de liberdade assistida foi deprecada e, diante da devolução da carta precatória, a medida extrema veio a ser decretada.*

*2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo. 3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal. 4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição. 5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos. 6. Referida solução é a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal. 7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos **não cabais** previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração **inicial** das medidas, além de criar um *tertium genus*, conduz a **diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas** (no caso da idade máxima) e a distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador. 8. No caso concreto, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não merece qualquer reparo, não tendo se aperfeiçoado a prescrição até o presente momento. 9. Ordem denegada.*

## **STF**

*RESP Nº 1005143 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

*RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO*

*Data de julgamento: 22/11/2011*

*E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – ADOLESCENTE SUBMETIDO A PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE AMEAÇA (CP, ART. 147) – INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL, QUE REDUZ, PELA METADE, O PRAZO PRESCRICIONAL - RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO, DE OFÍCIO.*

*– Aplica-se ao menor infrator o instituto da prescrição penal, ainda que não disciplinado na legislação especial a que se submetem os atos infracionais praticados por adolescente (Lei no 8.069/1990), regendo-se tais hipóteses pelo regime jurídico previsto no Código Penal (art. 115), pois, por ser mais favorável, nesse aspecto, deve ser estendido aos procedimentos de apuração dos atos infracionais, reconhecendo-se a aplicabilidade do benefício que reduz à metade o prazo prescricional em relação ao menor de vinte e um (21) anos.*

## **9.9 - Adolescentes com deficiência mental**

Há no Estatuto previsão para tratamento diferenciado das execuções de medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que apresentam deficiência mental, em decorrência da incapacidade de introjeção do processo socioeducativo.

A matéria é extremamente tormentosa, na medida em que, a realidade aponta para a inexistência de local adequado para o cumprimento de medida socioeducativa a adolescentes com deficiência mental, mormente nos casos graves de internação.

Nas decisões dos tribunais superiores, o STJ reconheceu que adolescente com transtorno mental não deve ser submetido à medida socioeducativa de internação, especialmente pelo aspecto retributivo, com necessidade de ser submetido a tratamento psiquiátrico e psicopedagógico em regime ambulatorial, o que também foi acatado por outros tribunais estaduais.

Por tal razão, diversos juristas especializados posicionaram-se no sentido de que ao adolescente com deficiência mental não devem ser aplicadas medidas socioeducativas, mas apenas medidas de proteção<sup>111</sup>.

Há quem sustente entendimento intermediário, em decorrência da complexidade da matéria, ao considerar que o “tratamento individualizado e especializado será pertinente apenas quando a deficiência mental comprometa a execução da medida socioeducativa a ser aplicada. Se sorte que a deficiência mental leve não inviabiliza o sucesso das medidas de liberdade assistida ou de prestação de serviços à comunidade,

---

111 MORAES, Bianca Mota e RAMOS, Helene Vieira, op. citada, p. 835, adotando a mesma posição de CURY, GARRIDO e MARÇURA; SARAIVA, João Batista Costa, op. citada, p. 198.



principalmente se forem aplicadas junto com uma medida de proteção que guarde relação direta com a deficiência apresentada”<sup>112</sup>.

A matéria é tratada pela Portaria nº 647, de 11 de novembro de 2008 do Ministério da Saúde e Secretaria de Atenção à Saúde, cujas regras estabelecem as diretrizes para a implantação e implementação da atenção à saúde de adolescentes em conflito com a lei, em regime de internação e internação provisória, contendo regras mínimas para tratamento de adolescentes com problemas de saúde mental<sup>113</sup>, mas sem as especificidades necessárias aos casos mais graves e complexos.

Normalmente, o atendimento deve ser feito pela rede de saúde dos municípios, em nível ambulatorial, o que é feito nos CAPS – Centro de Atenção Psicossocial. A exigência, em especial, é que os serviços tenham integração com a equipe multiprofissional da unidade de execução da medida para desenvolver atividades coordenadas e complementares para a superação ou adequação do tratamento do adolescente. Também é preciso que a família seja acompanhada, tanto pela equipe da execução, quanto pela equipe de saúde mental, pois a família é essencial para o cuidado do adolescente.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Doença mental – incompatibilidade com internação**

*STJ. 6ª T. HC nº 88043/SP. Rel. Min. OG Fernandes. J. em 14/04/2009. DJ 04/05/2009*

*HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RETARDO MENTAL LEVE. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. NECESSIDADE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CARÁTER MERAMENTE RETRIBUTIVO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.*

---

112 FERREIRA, Luiz Antônio Miguel, in, “Execução das Medidas Socioeducativas, em meio aberto...”, op. citada, p. 404-407.

113 4.3.5.2 Promover atenção psicossocial aos adolescentes que necessitem de cuidados em Saúde Mental, incluindo os relacionados ao uso de álcool e outras drogas, preferencialmente na rede extra hospitalar do SUS.

4.3.5.3. Promover a atenção às situações de prejuízo à saúde dos adolescentes, decorrentes do uso de álcool e outras drogas, na perspectiva de redução de danos, bem como ações visando a amenizar os sintomas da abstinência;

4.3.5.4 Viabilizar formação Permanente, com disponibilização de cursos e supervisão clínico-institucional de equipe, visando a promoção da saúde mental dos adolescentes.

1. Nos termos do § 1º do art. 112 do ECA, a imposição de medida socioeducativa deverá considerar a capacidade de seu cumprimento pelo adolescente, no caso concreto.
2. O paciente não possui capacidade mental para assimilar a medida socioeducativa, que, uma vez aplicada, reveste-se de caráter retributivo, o que é incompatível com os objetivos do ECA.
3. Ordem concedida para determinar que o paciente seja inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida associada ao acompanhamento ambulatorial psiquiátrico, psicopedagógico e familiar.

TJPR. 2ª C. Crim. HC-ECA nº 0587239-3, de Jaguariaíva. Rel.: Juiz Subst. 2º G. José Laurindo de Souza Netto. J. em 09/07/2009

*HABEAS CORPUS - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TENTATIVA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - RETARDO MENTAL - TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO - NECESSIDADE - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - CARÁTER MERAMENTE RETRIBUTIVO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - ORDEM CONCEDIDA.*

1. Conforme o disposto no § 1º do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente a imposição de quaisquer das medidas socioeducativas deverá levar em consideração a capacidade de seu cumprimento pelo adolescente, no caso concreto.
2. O adolescente que apresenta distúrbios mentais, como no caso em análise, não poderá ser submetido a um processo ressocializador do qual não auferirá proveito, em razão de sua condição especial.
3. O habeas corpus deve ser concedido, determinando-se a desinternação do paciente R. O. S., para que o mesmo seja inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida associadas ao acompanhamento ambulatorial psiquiátrico, psicopedagógico e familiar.

### **Doença mental – remanejamento para local adequado**

TJRS Nº do Acórdão: 58034

Nº do Processo: 20033005253-2

Recurso / Ação: Agravo de Instrumento Ramo: Cível

Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível Isolada

*Data de Julgamento: 21/08/2005*

*Comarca: Capital - PA*

*Relator: Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento*

*Ementa: Processual civil- agravo de instrumento- ação civil pública-medida liminarconcessão- requisitos autorizadores configurados-remanejamento de jovens infratores portadores de necessidades especiais para local adequado-atendimento especializado eficácia do princípio constitucional da prioridade absoluta para crianças e adolescentes.*

*I- Preliminar: não conhecimento do recurso por ausência de peças necessárias ao julgamento. Suficiência de documentos ao enfrentamento da controvérsia. Preliminar rejeitada. II- Mérito: com vistas a garantir a plena eficácia do princípio constitucional da prioridade absoluta para crianças e adolescentes, indispensável o remanejamento dos jovens infratores, portadores de necessidades especiais, a espaço dotado de condições mínimas de atendimento, do que resulta configurados os pressupostos autorizadores à concessão da medida liminar. Recurso conhecido e provido - Unanimidade.*

*A TURMA, POR VOTAÇÃO UNÂNIME, REJEITOU A PRELIMINAR SUSCITADA, E NO MÉRITO, DEU PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA. 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA. 21/07/05.*

*Publicado no DJ/cad/pag:*

*22/08/2005 01 009*

*Indexação:*

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL, AGRAVO DE INSTRUMENTO, AÇÃO CIVEL PUBLICA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, DEFICIENCIA MENTAL, TRATAMENTO MEDICO, OMISSAO, INQUERITO, TUTELA ANTECIPADA, LIMINAR, ATO INFRACIONAL, COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO, CONDUTA, DEFICIENTE, PRELIMINAR, ORÇAMENTO, CONTROVERSA, ERARIO, PERICULUM IN MORA, PERICULOSIDADE, ADMISSIBILIDADE, ACOLHIMENTO, MINISTERIO PUBLICO, PROVIMENTO, UNANIMIDADE.*

*Referência Legislativa:*

*ECA- Lei nº 8.069/1990- Art. 101, V; - Art. 4º, IVC/C 124, VI; - Art. 11, §3º*

*Precedentes:*

*TJRS - AP - nº 70008140873*

## **9.10 - Da condenação à nova medida socioeducativa no curso da execução/ a questão da unificação**

Quando da imposição de medida socioeducativa mais grave, imposta no curso da execução de outra, discussão havia em torno da possibilidade ou não de serem tomadas algumas posturas.

Dentre as opções:

- a) o sobrestamento da execução menos gravosa, aguardando o deslinde da mais grave;
- b) a extinção da medida socioeducativa mais leve;
- c) unificação das medidas socioeducativas.

Contudo, o artigo 45 da Lei Federal n. 12.594/12 resolveu a questão:

*Art. 45. Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo.*

*§ 1º É vedado à autoridade judiciária determinar reinício de cumprimento de medida socioeducativa, ou deixar de considerar os prazos máximos, e de liberação compulsória previstos na [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução.*

*§ 2º É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.*

Questão que se coloca é relativa à possível inconstitucionalidade do § 2º que veda que o juiz da Vara da Infância e Juventude aplique nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, com a justificativa de que tais atos estariam *absorvidos* por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.

Sabido que cada processo judicial é diverso e cada caso deve ser sempre analisado de forma individualizada.

Desta feita, entende-se cabível sustentar que a previsão do § 2º do artigo 45 da Lei Federal n. 12.594/12 ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal:

*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Ora, analisada a redação do § 2º do artigo 45 da Lei Federal n. 12.594/12 entende-se que contraria o disposto no texto constitucional.

Isso porque ainda que o adolescente tenha cometido uma dezena ou mesmo vintena de homicídios anteriormente à medida de internação a que cumpre ou, caso já tenha progredido para medida em meio aberto (diga-se, exemplo que efetivamente já ocorreu na realidade) a proposta do legislador *afasta da possibilidade de apreciação pelo Estado-juiz* tais casos.

Ao afirmar que não poderá ser imposta nova medida de internação impede que o juiz possa decidir se esta medida é ou não necessária ao adolescente infrator.

Assim agindo, entende-se que o legislador limitou, de forma inconstitucional, o acesso do Ministério Público (titular das ações socioeducativas) ao Poder Judiciário.

É o que ensina Nery Junior (2000):

*Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.<sup>114</sup>*

A se aceitar a constitucionalidade do dispositivo, evidente que a lei estará restringindo o legítimo direito de acesso do Ministério Público ao Poder Judiciário para pleitear, em determinados casos concretos, a aplicação de medidas extremas e excepcionais de internação.

Outro princípio constitucional que se afigura violado é o da isonomia (artigo 5º, caput, da Constituição Federal).

---

<sup>114</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 94.

Isso porque a lei estará equiparando um adolescente que tenha cometido um único – ainda que grave – ato infracional com aquele que tenha cometido, por exemplo, uma centena.

Afinal, uma vez aplicada a medida extrema e excepcional de internação a ambos, em relação ao segundo, não poderá sofrer mais sanções, pois estas estarão *absorvidas* pela medida imposta.

Em outras palavras: pouco importará se o adolescente praticar um ou mais atos infracionais graves, porquanto a medida de internação somente poderá ser aplicada em um único caso, tornando os demais casos inócuos.

Crê-se que esse tratamento *igual* de casos absolutamente *desiguais* ofende o princípio constitucional de que “todos são iguais perante a lei”, pois evidente a razão para a existência de *discrímen* não observado pelo legislador.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Nova condenação – não extinção do feito**

*Apelação Cível nº 70010947182, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS*

*Relator: José Ataídes Siqueira Trindade*

*Julgado em 30/03/2005*

*APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. EXTINÇÃO DO FEITO. Descabe a extinção do feito por já ter o adolescente sofrido medida sócio-educativa mais grave, contrariando o aspecto legal, como o caráter educativo e de reintegração social do menor na sociedade preconizado pelo ECA. Recurso provido*

*STJ. RHC 16105 / RJ; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2004/0070172*

*DJ DATA: 28/06/2004 PG:00349*

*Relator Min. GILSON DIPP (1111)*

*Data da Decisão 03/06/2004*

*Orgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. (NLPM)*

*CRIMINAL. HC. ECA. PACIENTE QUE ATINGIU 18 ANOS CUMPRINDO MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMI-LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA MEDIDA. CONSIDERAÇÃO DA DATA DO ATO INFRACIONAL PRATICADO. NOVO CÓDIGO CIVIL. LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE INTERESSE DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. I. Para a aplicação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se a idade do menor à data do fato, em atendimento ao intuito do referido Diploma Legal, o qual visa à ressocialização do adolescente, por meio de medidas que atentem às necessidades pedagógicas e ao caráter reeducativo. Precedente do STJ. II. A liberação obrigatória do adolescente somente deverá ocorrer quando o mesmo completar 21 anos de idade, nos termos do art. 121, § 5º, do ECA, dispositivo que não foi alterado com a entrada em vigor do Novo Código Civil. Precedente. III. Improcedência do argumento de falta de interesse do Estado em punir o paciente, em razão de o mesmo ter atingido 18 anos de idade. IV. Ausente o apontado constrangimento ilegal decorrente da manutenção da medida de semi-liberdade do paciente. V. Recurso desprovido.*

*APELAÇÃO CÍVEL Nº 70009891284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS*

*Relator: Maria Berenice Dias*

*Julgado em 07/10/2004 (NLPM)*

*ECA. ATO INFRACIONAL. EXTINÇÃO. Os fatos de ter sido aplicada internação ao representado, em decorrência de outro processo, e de a medida ter sido progredida para liberdade assistida, não excluem o regular prosseguimento do procedimento para a apuração de ato infracional. A autoridade judiciária somente poderá deixar de aplicar medida nos casos do art. 189 da Lei nº 8.069/90. Ademais, os objetivos do ECA são pedagógicos e ressocializantes, de modo que a mera extinção do feito geraria no adolescente sensação de irresponsabilidade por seus atos. Apelo provido.*

### **Vedação da unificação**

*TJDF - APE: 243221320088070009 DF 0024322-13.2008.807.0009*

*Processo: 243221320088070009 DF 0024322-13.2008.807.0009*

*Relator(a): SANDRA DE SANTIS*

*Julgamento: 04/06/2009*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal*

*Publicação: 30/06/2009, DJ-e Pág. 106*

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PORTE ILEGAL DE ARMA - PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR - IMPOSIÇÃO ANTERIOR DE SEMILIBERDADE - CUMPRIMENTO NÃO INICIADO - AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA - APLICAÇÃO DE MEDIDA SEMILIBERDADE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - SENTENÇA MANTIDA.

I. JULGADA PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO ANTE A CONFIRMAÇÃO DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE, AO JULGADOR É IMPOSTA A OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DE UMA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DISPOSTAS NO ECA. O MAGISTRADO NÃO PODE DEIXAR DE APLICAR NOVA MEDIDA, AINDA QUE SEJA IGUAL À ANTERIOR, IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO. É VEDADA A UNIFICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AUTONOMAMENTE, EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS DIVERSOS.

II. SE NÃO FOI CUMPRIDA ANTERIORMENTE, A MEDIDA DE SEMILIBERDADE, EMBORA COM REFLEXOS MAIS GRAVES, POIS O ADOLESCENTE FICARÁ PRIVADO DE LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO, É A MAIS ADEQUADA À ESPÉCIE. AINDA QUE JÁ APLICADA, NÃO OBSTARIA A UMA NOVA IMPOSIÇÃO.

III. A CONFISSÃO DO ADOLESCENTE NÃO AUTORIZA A APLICAÇÃO DE MEDIDA MAIS BRANDA. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NÃO É PENA. INAPLICÁVEL O ARTIGO 65, INCISO II, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL, POR ANALOGIA.

IV. RECURSO IMPROVIDO.

STJ - HABEAS CORPUS: HC 99565 RJ 2008/0020707-4

Processo: HC 99565 RJ 2008/0020707-4

Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Julgamento: 07/05/2009

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJe 08/06/2009

HABEAS CORPUS. ECA. REPRESENTAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS DELITOS DE USO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES, RECEPÇÃO SIMPLES, RECEPÇÃO QUALIFICADA E TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. IMPOSIÇÃO DE 4 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO. INADMISSIBILIDADE DO PLEITO DE UNIFICAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A pretensão de unificação das medidas socioeducativas impostas, como decorrência da prática de diversos atos infracionais, é contrária aos arts. 99 e 113 do ECA, que autorizam a aplicação de medidas cumulativamente.



2. O entendimento deste STJ firmou-se no sentido de que o prazo de 3 anos previsto no art. 121, § 3o. da Lei 8.069/90 é contado separadamente para cada medida socioeducativa de internação aplicada por fatos distintos (RHC 12.187/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 04.03.02).

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada

### **Possibilidade de unificação**

TJDF - APE: 95633220088070013 DF 0009563-32.2008.807.0013

Relator(a): SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS

Julgamento: 11/11/2010

Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal

Publicação: 22/11/2010, DJ-e Pág. 230

APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. NOVA MEDIDA DE INTERNAÇÃO IMPOSTA. UNIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA TEM CARÁTER EDUCATIVO E RESSOCIALIZADOR, MESMO QUE ENVOLVA RESTRIÇÃO À LIBERDADE, O TEMPO DE SEU CUMPRIMENTO NÃO TEM DESTACADO RELEVO, DIFERENTEMENTE DO QUE OCORRE COM RELAÇÃO À PENA CRIMINAL, QUE TEM CARÁTER EMINENTEMENTE EXPIATÓRIO, POIS A INTERNAÇÃO TEM CARÁTER DE EXCEPCIONALIDADE E BREVIDADE, LIMITANDO-SE O TEMPO MÁXIMO DA MEDIDA A TRÊS ANOS, COM AVALIAÇÕES PERIÓDICAS.

2. DURANTE O CUMPRIMENTO DE INTERNAÇÃO, SE AO ADOLESCENTE É IMPOSTA NOVA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA, DEVEM AS MEDIDAS SEREM UNIFICADAS, CONTANDO-SE O PRAZO INICIAL DA PRIMEIRA INTERNAÇÃO IMPOSTA.

3. RECURSO PROVIDO.

TJMG: 100240805199290011 MG 1.0024.08.051992-9/001(1)

Relator(a): PEDRO VERGARA

Julgamento: 17/11/2009

Publicação: 30/11/2009

*PENAL - MENOR INFRATOR - CONDUTA ANÁLOGA AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS - MEDIDA DE INTERNAÇÃO IMPOSTA NA SENTENÇA "A QUO" - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA - REVOGAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA - EXTENSÃO DE INTERNAÇÃO FIXADA EM PROCESSO DIVERSO - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - APLICAÇÃO DAS MEDIDAS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DE FORMA AUTÔNOMA - POSSIBILIDADE DE UNIFICAÇÃO DAS MEDIDAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*- Sendo recomendada a medida de internação para ressocializar o menor infrator pelo ato infracional apurado no presente feito, a medida socioeducativa já aplicada anteriormente em processo diverso não tem o condão de obstar a aplicação de forma autônoma da nova medida de internação, sendo inviável a extensão da medida anterior em obediência ao princípio da individualização da medida socioeducativa, restando tão-somente a possibilidade de unificação das medidas em sede de execução.*

### **9.11 Cabimento da detração no cumprimento de medidas socioeducativas**

Se dúvida havia na jurisprudência, o artigo 46, § 2º da Lei Federal n. 12.594/12 estabeleceu expressamente a possibilidade de “detração” da prisão cautelar em relação à medida socioeducativa, conforme transcrito:

*§ 2º Em qualquer caso, o tempo de prisão cautelar não convertida em pena privativa de liberdade deve ser descontado do prazo de cumprimento da medida socioeducativa.*

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Cabimento da detração**

*TJDF - APELAÇÃO : APL 20000130042409 DF*

*Processo: APL 20000130042409 DF*

*Relator(a): JOAZIL M GARDES*

*Julgamento: 13/06/2001*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal*

*Publicação: DJU 29/08/2001 Pág. : 86*

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL TIPIFICADO NO ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR: INOBSERVÂNCIA DO MÉTODO TRIFÁSICO. NULIDADE DO PROCESSO. MÉRITO: MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. ABRANDAMENTO. ERRO DE PROIBIÇÃO. DETRAÇÃO. PRELIMINAR: APESAR DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO RESTRINGIR A LIBERDADE DO ADOLESCENTE, NA SUA FIXAÇÃO NÃO É OBSERVADO O MÉTODO TRIFÁSICO, INSTITUTO DO DIREITO PENAL NÃO APLICÁVEL NO ÂMBITO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MÉRITO:

1. EM SE TRATANDO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA À PESSOA, A MEDIDA DE INTERNAÇÃO É AQUELA APLICÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 122, I DO E.C.A.;
2. POR SER O ERRO DE PROIBIÇÃO INSTITUTO DO DIREITO PENAL, NÃO É ELE APLICÁVEL AOS INIMPUTÁVEIS;
3. CABE AO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE OBSERVAR A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO

### Não cabimento da detração

STJ Processo: HC 181723

Relator(a): Ministra LAURITA VAZ

Julgamento:

Publicação: DJ 17/09/2010

HABEAS CORPUS Nº 181.723 - RJ (2010/0146397-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : V P C (INTERNADO)

"EMENTA: HABEAS CORPUS - ECA - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME PREVISTO NO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (TRÁFICO DE DROGAS) – DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - CORRETA SENTENÇA QUE APLICOU A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE- SEM RAZÃO A ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

*DA INTERNAÇÃO EM HIPÓTESES DE TRÁFICO - MEDIDA ADEQUADA QUE OBJETIVA A RESSOCIALIZAÇÃO E PROTEÇÃO DO ADOLESCENTE, COM SEU AFASTAMENTO DO NEFASTO MEIO MARGINAL E VIOLENTO DO SUBMUNDO DO COMÉRCIO ILEGAL DE DROGAS - DECISÃO DE 1º GRAU EM HARMONIA COM O DISPOSTO NO ART. 227 DA CF, INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OFENSA AO ART. 122 DA EI 8069/90 - AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NÃO TEM NATUREZA DE PENA - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO (ART 42 DO CP) - PERÍODO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA HÁ DE SER CONSIDERADO SOMENTE PARA O FIM DE CALCULAR O PRAZO MÁXIMO DE TRÊS ANOS DE INTERNAÇÃO DEFINITIVA, ESTABELECIDO NO ARTIGO 121, §3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ORDEM DENEGADA*

## **Capítulo 10 – SINASE – SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO<sup>115</sup>**

A Lei Federal n. 12.594/12 instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

Necessário esclarecer que o SINASE estava regulamentado na Resolução n. 119/06 do CONANDA, mas em razão da promulgação da Lei Federal acima citada a resolução somente manterá sua eficácia nos pontos em que não conflite com a Lei Federal.

### **1 – Conceito**

No artigo 1º, parágrafo 1º da Lei Federal n. 12.594/12 dispôs-se que o SINASE é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

---

<sup>115</sup> No presente tópico, pretendeu-se empreender uma suma do que dispõe o SINASE, instituído pela Lei Federal n. 12.594/12.

A lei foi inspirada pelos principais acordos internacionais sobre criança e adolescente, dos quais o Brasil é signatário: Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança; Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil – Regras de Beijing; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

## 2 – Princípios

O artigo 35 da Lei Federal n. 12.594/12 trata dos princípios relativos à execução das medidas socioeducativas.

*I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;*

*II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;*

*III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;*

*IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;*

*V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o [art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#);*

*VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;*

*VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;*

*VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou **status**; e*

*IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.*

## 3 – Objetivos

O artigo 1º, § 2º, da Lei Federal n. 12.594/12 definiu os objetivos das medidas socioeducativas:

*I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;*

*II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e*

*III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.*

#### **4 – Principais diretrizes pedagógicas do atendimento socioeducativo**

- 1) Prevalência da ação socioeducativa sobre os aspectos meramente sancionatórios.
- 2) Projeto pedagógico como ordenador de ação e gestão do atendimento socioeducativo – “os programas devem ter, obrigatoriamente, projeto pedagógico claro e escrito que deverá conter minimamente: objetivos, público-alvo, capacidade, fundamentos teórico-metodológicos, ações/atividades, recursos humanos e financeiros, monitoramento e avaliação de domínio de toda a equipe. Este projeto será orientador na elaboração dos demais documentos institucionais (regimento interno, normas disciplinares, plano individual de atendimento). Sua efetiva e consequente operacionalização estará condicionada à elaboração do planejamento das ações (mensal, semestral, anual) e consequente monitoramento e avaliação (de processo, impacto e resultado), a ser desenvolvido de modo compartilhado (equipe institucional, adolescentes e famílias)”.
- 3) Exigência e compreensão, enquanto elementos primordiais de reconhecimento e respeito ao adolescente durante o atendimento socioeducativo.
- 4) Diretividade no processo socioeducativo, cuja autoridade competente coordena sempre com o apoio de técnicos e educadores, com enfoque na dialética com o adolescente.
- 5) Disciplina como meio para a realização da ação socioeducativa, analisada não apenas sob enfoque da manutenção da ordem institucional, mas como norteadora

do processo pedagógico, viabilizando o desenvolvimento de atividades educacionais e culturais.

- 6) Organização espacial e funcional das Unidades de Atendimento Socioeducativo, que garantam possibilidades de desenvolvimento pessoal e social para o adolescente, a partir de uma concepção que permita e estimule um processo pedagógico que seja viável e possa alcançar seus objetivos.
- 7) Diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual norteadora da prática pedagógica.
- 8) Família e comunidade devem participar ativamente da experiência socioeducativa, possibilitando o fortalecimento dos vínculos familiares e a inclusão dos adolescentes no ambiente comunitário.
- 9) Ponto que demandará reflexão é o relativo ao artigo 5º, inciso II, da Lei Federal n. 12.594/12 que dispõe competir aos Municípios “elaborar o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, em conformidade com o Plano Nacional e o respectivo Plano Estadual”.

As questões que surgirão serão, possivelmente, as seguintes:

- a. o que ocorrerá com os Planos já elaborados nos Municípios? Deverão ser novamente discutidos em âmbito dos Conselhos Municipais de Direitos e obter nova aprovação/deliberação a respeito?
- b. nos Municípios em que não tenham sido ainda elaborados Planos Municipais, o que fazer: aguardar a elaboração dos Planos Estadual e Nacional ou poderão os Municípios já fazê-lo, independentemente da elaboração pelos Estados e União?

Em relação à primeira pergunta acredita-se que nos Municípios onde já tenham sido elaborados Planos Municipais estes deverão ser *reabertos*, possibilitando-se todas as adequações em relação à nova lei e aguardar a aprovação dos Planos Nacional e Estaduais para as faltantes conformações porventura ainda necessárias.

Já no tocante aos Municípios nos quais ainda não tenha ocorrido a elaboração de Planos Municipais crê-se que a medida mais razoável é iniciar a coleta de dados para mapeamento e elaboração de diagnósticos, com discussão no colegiado, mas, ao final,

aguardar a efetiva aprovação dos Planos das esferas estadual e nacional para observar a devida conformidade com estes.

### **5 – Espaço físico, infraestrutura e capacidade**

O artigo 16 da Lei Federal n. 12.594/12 define que a estrutura física da unidade deverá ser compatível com as normas de referência do SINASE.

Já no § 1º “é vedada a edificação de unidades socioeducacionais em espaços contíguos, anexos, ou de qualquer outra forma integrados a estabelecimentos penais.”

O § 2º dispõe que “a direção da unidade adotará, em caráter excepcional, medidas para proteção do interno em casos de risco à sua integridade física, à sua vida, ou à de outrem, comunicando, de imediato, seu defensor e o Ministério Público.”

### **6 – Medidas em meio aberto (Prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida)**

Importância de local específico para a sua execução que possua salas de atendimento individuais e em grupo, além de sala de técnicos, bem como estrutura física que facilite o acompanhamento dos adolescentes e seus familiares.

### **7 – Semiliberdade/Requisitos**

- 1) Capacidade máxima: vinte adolescentes, viabilizando acompanhamento individualizado.
- 2) Deve ser desenvolvida, de preferência, em casas residenciais localizadas em bairros comunitários, com espaço físico necessário a garantir os aspectos logísticos para a execução do atendimento.
- 3) Separação entre os adolescentes que receberam a medida de semiliberdade como progressão daqueles que a receberam como primeira medida.



## 8 – Internação

O espaço físico deve estar apto a permitir a mudança de fases do atendimento do adolescente mediante a mudança de espaços, na medida em que o adolescente evolui nas etapas de seu plano individual de atendimento (PIA).

## 9 – Atendimento socioeducativo

São três as fases do atendimento socioeducativo:

- a) Fase inicial de atendimento: período de acolhimento, de reconhecimento e de elaboração do PIA.
- b) Fase intermediária: adolescente para interpretar a medida e assimilar os objetivos preconizados no PIA.
- c) Fase conclusiva: o adolescente demonstra avanço socioeducativo e pleno atendimento dos objetivos previstos em seu PIA, demonstrando a eficiência da medida.

O Plano Individual de Atendimento foi regulamentado pelos artigos 52 a 59 da Lei Federal n. 12.594/12, que seguem transcritos:

*Art. 52. O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.*

*Parágrafo único. O PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização administrativa, nos termos do [art. 249 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), civil e criminal.*

*Art. 53. O PIA será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, com a participação efetiva do adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsável.*

*Art. 54. Constarão do plano individual, no mínimo:*

*I - os resultados da avaliação interdisciplinar;*

*II - os objetivos declarados pelo adolescente;*

*III - a previsão de suas atividades de integração social e/ou capacitação profissional;*

*IV - atividades de integração e apoio à família;*

*V - formas de participação da família para efetivo cumprimento do plano individual; e*

*VI - as medidas específicas de atenção à sua saúde.*

*Art. 55. Para o cumprimento das medidas de semiliberdade ou de internação, o plano individual conterá, ainda:*

*I - a designação do programa de atendimento mais adequado para o cumprimento da medida;*

*II - a definição das atividades internas e externas, individuais ou coletivas, das quais o adolescente poderá participar; e*

*III - a fixação das metas para o alcance de desenvolvimento de atividades externas.*

*Parágrafo único. O PIA será elaborado no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias da data do ingresso do adolescente no programa de atendimento.*

*Art. 56. Para o cumprimento das medidas de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida, o PIA será elaborado no prazo de até 15 (quinze) dias do ingresso do adolescente no programa de atendimento.*

*Art. 57. Para a elaboração do PIA, a direção do respectivo programa de atendimento, pessoalmente ou por meio de membro da equipe técnica, terá acesso aos autos do procedimento de apuração do ato infracional e aos dos procedimentos de apuração de outros atos infracionais atribuídos ao mesmo adolescente.*

*§ 1º O acesso aos documentos de que trata o **caput** deverá ser realizado por funcionário da entidade de atendimento, devidamente credenciado para tal atividade, ou por membro da direção, em conformidade com as normas a serem definidas pelo Poder Judiciário, de forma a preservar o que determinam os arts. 143 e 144 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).*

*§ 2º A direção poderá requisitar, ainda:*

*I - ao estabelecimento de ensino, o histórico escolar do adolescente e as anotações sobre o seu aproveitamento;*

*II - os dados sobre o resultado de medida anteriormente aplicada e cumprida em outro programa de atendimento; e*

*III - os resultados de acompanhamento especializado anterior.*

*Art. 58. Por ocasião da reavaliação da medida, é obrigatória a apresentação pela direção do programa de atendimento de relatório da equipe técnica sobre a evolução do adolescente no cumprimento do plano individual.*

*Art. 59. O acesso ao plano individual será restrito aos servidores do respectivo programa de atendimento, ao adolescente e a seus pais ou responsável, ao Ministério Público e ao defensor, exceto expressa autorização judicial.*

## **10 - Convivência protetora**

Necessidade de espaço físico reservado para os jovens ameaçados em sua integridade física e psicológica.

## **11 - Capacidade**

Cada Unidade terá até quarenta adolescentes, conforme a resolução nº 46/96 do CONANDA nº 40, constituída de espaços residenciais - módulos (estruturas físicas que compõem uma Unidade) - com capacidade não superior a quinze adolescentes. No caso de existir mais de uma Unidade em um mesmo terreno, o atendimento total não poderá ultrapassar a noventa adolescentes e poderá existir um núcleo comum de administração logística.

Questão que se coloca é que o artigo 3º, III, da Lei n. 12.594/12 estabeleceu que compete à União “estabelecer diretrizes sobre a organização e funcionamento das unidades e programas de atendimento e as normas de referência destinadas ao cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade.”

Portanto, a Resolução do CONANDA, anterior à lei, deverá ser novamente colocada em discussão e oportuna aprovação, em respeito à nova norma promulgada.

## **12 – Visitação**

A Lei Federal n. 12.594/12 estabeleceu como regra a possibilidade da visitação íntima (artigo 67) ao cônjuge, companheiro, pais ou responsáveis, parentes e amigos do adolescente internado, mediante definição de dias e horários fixados pela direção do programa de atendimento.

Já o artigo 68 assegurou ao adolescente casado ou que viva em união estável, o direito a visita íntima.

O artigo 69 prevê o direito de receber visita dos filhos, pouco importando a idade.

Por fim, o artigo 70 dispõe que o regulamento interno estabelecerá as hipóteses de proibição da entrada de objetos na unidade de internação, vedando o acesso aos seus portadores.

### **13 - Direitos humanos**

Garantia de acesso aos programas públicos e comunitários (de acordo com a modalidade de atendimento): escolarização formal; atividades desportivas, culturais e de lazer com regularidade e frequência dentro e fora dos programas de atendimento; assistência religiosa; atendimento de saúde na rede pública; inserção em atividades profissionalizantes e inclusão no mercado de trabalho, inclusive para os adolescentes com deficiência.

Outras garantias são: alimentação de qualidade e em quantidade suficientes; vestuário para todos que necessitem em quantidade e correspondente às variações climáticas, de higiene pessoal em quantidade suficiente (medidas privativas de liberdade); acesso à documentação necessária ao exercício da sua cidadania e documentação escolar reconhecida pelo sistema público de ensino, bem como a inserção de adolescentes ameaçados em sua vida e em sua integridade física, em programas especiais de proteção.

### **14 - Acompanhamento técnico**

Imprescindível a composição de um corpo técnico que tenha conhecimento específico na área de atuação profissional - equipe multiprofissional capaz de acolher e acompanhar os adolescentes e suas famílias em suas demandas, bem como atender os funcionários.

Dentre as normas administrativas de proteção ao adolescente em conflito com a lei, o Ministério da Saúde e Secretaria de Atenção à Saúde editaram a Portaria nº 647, de 11 de novembro de 2008 que estabelece as diretrizes para a implantação e implementação da atenção à saúde de adolescentes em conflito com a lei, em regime de internação e internação provisória, em unidades masculinas e femininas.

Além dessa norma a Lei Federal n. 12.594/12, em seus artigos 60 a 65 dispôs sobre a atenção integral à saúde de adolescente em cumprimento de medida socioeducativa e sobre o atendimento a adolescente com transtorno mental e em situação de dependência de álcool e outras drogas, consoante transcritos:

*Art. 60. A atenção integral à saúde do adolescente no Sistema de Atendimento Socioeducativo seguirá as seguintes diretrizes:*

*I - previsão, nos planos de atendimento socioeducativo, em todas as esferas, da implantação de ações de promoção da saúde, com o objetivo de integrar as ações socioeducativas, estimulando a autonomia, a melhoria das relações interpessoais e o fortalecimento de redes de apoio aos adolescentes e suas famílias;*

*II - inclusão de ações e serviços para a promoção, proteção, prevenção de agravos e doenças e recuperação da saúde;*

*III - cuidados especiais em saúde mental, incluindo os relacionados ao uso de álcool e outras substâncias psicoativas, e atenção aos adolescentes com deficiências;*

*IV - disponibilização de ações de atenção à saúde sexual e reprodutiva e à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis;*

*V - garantia de acesso a todos os níveis de atenção à saúde, por meio de referência e contrarreferência, de acordo com as normas do Sistema Único de Saúde (SUS);*

*VI - capacitação das equipes de saúde e dos profissionais das entidades de atendimento, bem como daqueles que atuam nas unidades de saúde de referência voltadas às especificidades de saúde dessa população e de suas famílias;*

*VII - inclusão, nos Sistemas de Informação de Saúde do SUS, bem como no Sistema de Informações sobre Atendimento Socioeducativo, de dados e indicadores de saúde da população de adolescentes em atendimento socioeducativo; e*

*VIII - estruturação das unidades de internação conforme as normas de referência do SUS e do SINASE, visando ao atendimento das necessidades de Atenção Básica.*

*Art. 61. As entidades que ofereçam programas de atendimento socioeducativo em meio aberto e de semiliberdade deverão prestar orientações aos socioeducandos sobre o acesso aos serviços e às unidades do SUS.*

*Art. 62. As entidades que ofereçam programas de privação de liberdade deverão contar com uma equipe mínima de profissionais de saúde cuja composição esteja em conformidade com as normas de referência do SUS.*

*Art. 63. (VETADO).*

*§ 1º O filho de adolescente nascido nos estabelecimentos referidos no **caput** deste artigo não terá tal informação lançada em seu registro de nascimento.*

*§ 2º Serão asseguradas as condições necessárias para que a adolescente submetida à execução de medida socioeducativa de privação de liberdade permaneça com o seu filho durante o período de amamentação.*

*Art. 64. O adolescente em cumprimento de medida socioeducativa que apresente indícios de transtorno mental, de deficiência mental, ou associadas, deverá ser avaliado por equipe técnica multidisciplinar e multissetorial.*

*§ 1º As competências, a composição e a atuação da equipe técnica de que trata o **caput** deverão seguir, conjuntamente, as normas de referência do SUS e do SINASE, na forma do regulamento.*

*§ 2º A avaliação de que trata o **caput** subsidiará a elaboração e execução da terapêutica a ser adotada, a qual será incluída no PIA do adolescente, prevendo, se necessário, ações voltadas para a família.*

*§ 3º As informações produzidas na avaliação de que trata o **caput** são consideradas sigilosas.*

*§ 4º Excepcionalmente, o juiz poderá suspender a execução da medida socioeducativa, ouvidos o defensor e o Ministério Público, com vistas a incluir o adolescente em programa de atenção integral à saúde mental que melhor atenda aos objetivos terapêuticos estabelecidos para o seu caso específico.*

*§ 5º Suspensa a execução da medida socioeducativa, o juiz designará o responsável por acompanhar e informar sobre a evolução do atendimento ao adolescente.*

*§ 6º A suspensão da execução da medida socioeducativa será avaliada, no mínimo, a cada 6 (seis) meses.*

*§ 7º O tratamento a que se submeterá o adolescente deverá observar o previsto na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.*

*§ 8º (VETADO).*

*Art. 65. Enquanto não cessada a jurisdição da Infância e Juventude, a autoridade judiciária, nas hipóteses tratadas no art. 64, poderá remeter cópia dos autos ao Ministério Público para eventual propositura de interdição e outras providências pertinentes.*

## **15 – Parâmetros arquitetônicos para unidades de atendimento socioeducativo**

São aqueles a serem adotados na elaboração e execução de projetos de construção, de reforma ou de ampliação de Unidades de atendimento de internação provisória, de semiliberdade e de internação.

A estrutura física das Unidades será determinada pelo projeto pedagógico específico do programa de atendimento, adequada ao desenvolvimento do processo socioeducativo, devendo respeitar as exigências de conforto ambiental, de ergonomia, de volumetria, de humanização e de segurança.

## **16 – Regras específicas às unidades de atendimento que executam a internação**

- 1) Estar precedida de levantamento de dados e informações, que comprovem a necessidade de construção, reforma ou ampliação, direcionada ao nível de contenção especificada no projeto pedagógico, em função do público-alvo;
- 2) Garantir a separação física e visual dos setores de dormitórios feminino e masculino nas Unidades de atendimento aos adolescentes de ambos os sexos, podendo as atividades pedagógicas ser desenvolvidas em áreas comuns, não significando uso simultâneo;
- 3) Edificar as Unidades de atendimento socioeducativo separadamente daqueles destinados para adultos do sistema prisional, ficando vedada qualquer possibilidade de construção em espaço contíguos ou de qualquer forma integrada a estes equipamentos;
- 4) Privilegiar uma maior segurança externa e possibilitar a concepção de espaços internos que permitam o melhor desenvolvimento das atividades socioeducativas, respeitados os critérios preconizado no artigo 123 do Estatuto;

- 5) Observar o número de até quarenta adolescentes em cada Unidade de atendimento, conforme determinação da Resolução de n.º 46/96 do CONANDA, sendo constituída de espaços residenciais (módulos) com capacidade não superior a quinze. E em caso de existência de mais de uma Unidade no mesmo terreno estas não ultrapassarão a noventa adolescentes na sua totalidade;
- 6) Observar que os quartos existentes nas residências (módulos) sejam de no máximo três adolescentes;
- 7) Observar na criação dos *diversos ambientes* da Unidade os seguintes detalhamentos:
  - a. Na fase *inicial de acolhimento* podem ser projetados dois módulos de moradia, preferencialmente com quartos individuais, separados com barreira física ou visual;
  - b. nas fases *intermediária e conclusiva* do atendimento poderão ser projetados quartos individuais ou coletivos (de no máximo três adolescentes) não havendo necessidade de barreira física e visual nos atendimentos;
  - c. na *convivência protetora*, poderá ser criada uma barreira física e visual de separação. Em caso de quartos coletivos deverão ser dimensionados considerando o perfil do adolescente, a sua origem (naturalidade), a gravidade do ato infracional. A concepção arquitetônica deve integrar também os demais espaços para o desenvolvimento de atividades coletivas;
- 8) Prever no projeto arquitetônico um núcleo comum de administração para os casos de construção de mais de uma Unidade de atendimento no mesmo terreno.
- 9) Construir refeitórios, no caso de mais de uma Unidade no terreno, na área de uso comum de forma integrada, sendo que poderá ser edificado mais de um ambiente para ser utilizado como refeitório, de forma a permitir o atendimento simultâneo dos adolescentes de cada Unidade;
- 10) Prever na setorização da Unidade feminina e/ou mista, espaço para alojamento conjunto de recém-nascidos e bebês até no máximo seis meses de idade, com as mães;



- 11) Prever Unidades de atendimento socioeducativo de internação, obedecida à rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração<sup>116</sup>.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Unidade de Internação e Semiliberdade – Obrigação do Estado de implantá-las**

*SUSPENSÃO DE LIMINAR 235-0 TOCANTINS*

*RELATORA: MINISTRA PRESIDENTE*

*REQUERENTE(S): ESTADO DO TOCANTINS*

*ADVOGADO(A/S): PGE-TO - LUIS GONZAGA ASSUNÇÃO REQUERIDO(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS (AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR No 1848/07 NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA No 72658-0/06)*

*INTERESSADO(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS*

*DECISÃO: Trata-se de pedido de suspensão de liminar (fls. 02-22), formulado pelo Estado do Tocantins, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, que indeferiu pedido de suspensão de liminar ajuizado naquele Tribunal de Justiça.*

*A decisão impugnada manteve liminar concedida na ação civil pública no 2007.0000.2658-0/0, em curso perante o Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína/TO, que determinou o seguinte:*

*“[...] Concedo a liminar e determino ao Estado de Tocantins que implante na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 meses, unidade especializada para cumprimento das medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores, a fim de propiciar o atendimento do disposto nos artigos 94, 120, §2º e 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*Determino ainda que o requerido se abstenha de manter adolescentes apreendidos, após o decurso do prazo de doze meses, em outra unidade que não a acima referida.*

*Fixo multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a ser paga pelo requerido, em caso de descumprimento ou de atraso no cumprimento da presente decisão, a qual deverá ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos artigos 213 e 214 da lei no 8.069/90.” (fl. 94)*

---

116 Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

...

*Diante o exposto, defiro parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial de construção de unidade especializada, em doze meses, na comarca de Araguaína/TO.*

*Dessa forma, diante da determinação da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mantenho os efeitos da decisão impugnada quanto à (1) implantação, em doze meses, de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, na comarca de Araguaína/TO e (2) de proibição, sob pena de multa diária, de abrigar adolescentes infratores em outra unidade que não seja uma unidade especializada (nos termos do ECA). Brasília, 8 de julho de 2008. Ministro GILMAR MENDES Presidente*

### **Ato discricionário**

*TJMG - Número do processo: 1.0394.02.024085-6/001 (1)*

*Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE*

*Relator do Acórdão: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE*

*Data do Julgamento: 18/03/2008*

*Data da Publicação: 24/06/2008*

*APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0394.02.024085-6/001 - COMARCA DE MANHUAÇU - APELANTE (S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO (A)(S): MUNICÍPIO MANHUAÇU - RELATORA: EXM<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. DES<sup>a</sup>. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE*

*Inteiro Teor:*

*EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRA PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES - ATO DISCRICIONÁRIO - PODER JUDICIÁRIO - SUBSTITUIÇÃO AO ADMINISTRADOR - IMPOSSIBILIDADE. - O judiciário não pode, em ação Civil proposta pelo Ministério Público, envolvendo ato discricionário inerente à administração, substituir a vontade do administrador e, a seu critério, determinar a efetivação de obras públicas, seguida de prestação de serviços públicos, mesmo que necessários. - O ato discricionário se submete aos critérios da conveniência e da oportunidade, sem olvidar o princípio da legalidade, que obriga o administrador a observar a previsão orçamentária e as prioridades de seu governo. V.V. A ação civil pública é instrumento idôneo para compelir o Município a dar máxima prioridade à preservação de interesses de adolescentes infratores, mediante a construção ou adaptação de prédio para acolhê-los e permitir o cumprimento das sanções judiciais.*

**Necessidade de local adequado – doença mental**

*TJRS Nº do Acórdão: 58034*

*Nº do Processo: 20033005253-2*

*Recurso / Ação: Agravo de Instrumento Ramo:Cível*

*Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível Isolada*

*Data de Julgamento: 21/08/2005*

*Comarca: Capital - PA*

*Relator: Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento*

*Ementa: Processual civil- agravo de instrumento- ação civil pública-medida liminar concessão- requisitos autorizadores configurados-remanejamento de jovens infratores portadores de necessidades especiais para local adequado-atendimento especializado eficácia do princípio constitucional da prioridade absoluta para crianças e adolescentes.*

*I- Preliminar: não conhecimento do recurso por ausência de peças necessárias ao julgamento. Suficiência de documentos ao enfrentamento da controvérsia. Preliminar rejeitada. II- Mérito: com vistas a garantir a plena eficácia do princípio constitucional da prioridade absoluta para crianças e adolescentes, indispensável o remanejamento dos jovens infratores, portadores de necessidades especiais, a espaço dotado de condições mínimas de atendimento, do que resulta configurados os pressupostos autorizadores à concessão da medida liminar. Recurso conhecido e provido - Unanimidade.*

*A TURMA, POR VOTAÇÃO UNÂNIME, REJEITOU A PRELIMINAR SUSCITADA, E NO MÉRITO, DEU PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA. 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA. 21/07/05.*

*Publicado no DJ/cad/pag:*

*22/08/2005 01 009*

*Indexação:*

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL, AGRAVO DE INSTRUMENTO, AÇÃO CIVEL PUBLICA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, DEFICIENCIA MENTAL, TRATAMENTO MEDICO, OMISSAO, INQUERITO, TUTELA ANTECIPADA, LIMINAR, ATO INFRACIONAL, COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO, CONDUTA, DEFICIENTE, PRELIMINAR, ORÇAMENTO, CONTROVERSA, ERARIO, PERICULUM IN MORA, PERICULOSIDADE, ADMISSIBILIDADE, ACOLHIMENTO, MINISTERIO PUBLICO, PROVIMENTO, UNANIMIDADE.*

*Referência Legislativa: ECA- Lei nº 8.069/1990- Art. 101, V; - Art. 4º, IVC/C 124, VI; - Art. 11, §3º*

*Precedentes: TJRS - AP - n° 70008140873*

*APELAÇÃO CIVEL. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. ROUBO. AUTORIA CONFIRMADA PELO REPRESENTADO EM SEDE POLICIAL E CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS, IMPÕE-SE RECONHECER A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.*

*MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. OBSERVADAS AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO ADOLESCENTE, DEPENDENTE QUÍMICO E COM TRANSTORNOS MENTAIS, E AINDA SUA REITERAÇÃO INFRACIONAL, COM RESISTÊNCIA AO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS QUE LHE FORAM ANTERIORMENTE APLICADAS, MOSTRA-SE ADEQUADA A APLICAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. RECURSO DESPROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 70019381565, 7ª CÂMARA CÍVEL, COMARCA DE LAJEADO, RELATOR: DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL, J. EM 13/06/07).*

## **Capítulo 11 – PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE DE ENTIDADE DE ATENDIMENTO**

Os programas socioeducativos, como já pontuado, são desenvolvidos por entidades governamentais ou não governamentais, cuja execução do processo socioeducativo pode ser terceirizado.

Para tanto, as entidades, sejam governamentais ou não governamentais, devem adotar postura que se coadune com a persecução dos princípios socioeducativos e com objetivo do processo reeducativo dos jovens inseridos em seus programas, mormente considerando os casos de cumprimento de medidas que impliquem na restrição de liberdade dos jovens.

Por tal razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente nos artigos 191 a 193 o procedimento a ser adotado para apuração da irregularidade nas entidades de atendimento.

### **1 – Representação do Ministério Público**

O Ministério Público, titular da ação socioeducativa deve exercer atividade fiscalizatória nas entidades de atendimento, analisando o conteúdo dos programas socioeducativos e o respeito às normas contidas no Estatuto, na Constituição Federal, nos documentos internacionais que resguardam os direitos inerentes aos adolescentes, que estejam cumprindo medidas socioeducativas, mormente aquelas extremas.

Essa atividade fiscalizatória deverá levar em consideração também a análise da devida estrutura dos programas e entidades, nos moldes das preocupações insculpidas no próprio SINASE, conforme discriminado anteriormente.

Tal atividade é tão importante, que o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 67/2011, que estabelece a necessidade permanente e regular de visitas às entidades e aos programas de atendimento, além de estabelecer parâmetros mínimos a serem observados quando da visitação.

O exercício dessa atividade fiscalizatória é de suma importância para que o Ministério Público, ao tomar conhecimento da realidade dos programas desenvolvidos e da estrutura das entidades em si e verificando a necessidade de atuação, forme seu convencimento para o ingresso de regular representação, visando ao saneamento das irregularidades e a eventual afastamento dos responsáveis.

No entanto, o oferecimento da representação por via administrativa não pode servir de óbice para que o Ministério Público ajuíze ação civil pública para a consecução do seu objetivo em regularizar a situação das entidades e programas de atendimento, utilizando-se de instrumentos processuais próprios, nos termos do artigo 213 do aludido diploma legal<sup>117</sup>.

Ao demais, ambas as atuações – representação ou ajuizamento de ação civil pública – estão previstas expressamente no artigo 201 do Estatuto, que determina o campo de atuação do Ministério Público no âmbito infanto-juvenil.

Na prática, vários são os casos Promotores de Justiça que elegem a via da ação civil pública para sanar eventuais irregularidades em entidades de atendimento, principalmente quando há a necessidade da busca de tutela específica, não albergada no procedimento previsto nos artigos 191 a 193 do Estatuto.

---

<sup>117</sup> Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Por fim, a atuação do Ministério Público não está adstrita ao levantamento de elementos a partir de sua visitação regular, podendo ser de suma importância prova documental ou pericial trazida por eventual representação da parte interessada ou levantada em procedimento administrativo ou inquérito civil.

## **2 – Representação do Conselho Tutelar**

Note-se que há a expressa contemplação de uma atuação atípica do colegiado propiciando seja ele o autor de procedimento administrativo apto a ensejar eventual afastamento do dirigente ou saneamento da irregularidade porventura detectada na entidade de atendimento.

## **3 – Representação do ofendido**

A lei não contemplou a possibilidade de o ofendido ou seu próprio representante legal poder deflagrar o procedimento administrativo para apuração de irregularidades em entidade de atendimento.

## **4 – Intervenção do Ministério Público**

A lei estabelece que mesmo quando o procedimento não seja deflagrado diretamente pelo Ministério Público, mas pelos outros legitimados legais, por disposição expressa legal, o Promotor de Justiça deverá sempre intervir em todos os procedimentos que apurem irregularidades em entidades de atendimento, dada a sua natureza processual de defensor dos interesses da criança e do adolescente, a natureza material da sua atuação na área infanto-juvenil e a amplitude de suas atribuições expressamente previstas no artigo 201 do Estatuto.

## **4 – Afastamento provisório**

Quando houver motivo grave, há que se avaliar a necessidade de ser pedido/decretado, liminarmente, pela autoridade judiciária o afastamento provisório do dirigente da entidade.

O motivo grave a ensejar o afastamento provisório deve ser aquele que, apresentado de plano, com o devido lastro probatório inicial, leve a acreditar que os

direitos fundamentais da criança ou do adolescente estejam em grave risco ou na iminência de serem violados. Exemplos: adolescentes sofrendo sevícias no interior da entidade de internação, crianças em estado de desnutrição no interior de entidades de acolhimento, etc.

Havendo o motivo grave, o afastamento pode ser determinado liminarmente, ou seja, *inaudita altera parte*. Ora, se em casos extremos, no âmbito de um processo informado pelo princípio da demanda há a possibilidade da tutela liminar de urgência, com maior razão a adoção de tal postura em casos extremos, no âmbito de um procedimento em que se defende o interesse de crianças e adolescentes, com a nota da supremacia do interesse público.

## **5 – Direito de resposta**

Será conferida oportunidade para que o dirigente seja citado e apresente resposta escrita, no prazo de dez dias, podendo juntar documentos e requerer a produção de provas que reputar necessárias.

## **6 – Substituição**

Nos casos de entidades governamentais, quando houver afastamento do dirigente, seja ele provisório ou definitivo, o superior imediatamente hierárquico será intimado para nomear substituto para exercer as funções do agente que foi afastado<sup>118</sup>.

## **7 – Prazo para saneamento das irregularidades**

Há expressa previsão de verdadeira suspensão do processo administrativo. Trata-se da possibilidade de fixação de prazo necessário para que haja o saneamento das irregularidades porventura detectadas na entidade de atendimento<sup>119</sup>.

Obviamente que tal possibilidade é destinada apenas a irregularidades que não afetem ou comprometam sobremaneira a esfera de direitos fundamentais da criança e do

---

<sup>118</sup> Art. 193. Apresentada ou não a resposta, e sendo necessário, a autoridade judiciária designará audiência de instrução e julgamento, intimando as partes.

§ 2º Em se tratando de afastamento provisório ou definitivo de dirigente de entidade governamental, a autoridade judiciária oficiará à autoridade administrativa imediatamente superior ao afastado, marcando prazo para a substituição.

<sup>119</sup> Art. 193. Apresentada ou não a resposta, e sendo necessário, a autoridade judiciária designará audiência de instrução e julgamento, intimando as partes.

§ 3º Antes de aplicar qualquer das medidas, a autoridade judiciária poderá fixar prazo para a remoção das irregularidades verificadas. Satisfeitas as exigências, o processo será extinto, sem julgamento de mérito.

adolescente, mas apenas a falhas estruturais que, uma vez corrigidas, possam reestabelecer o pleno funcionamento da entidade de atendimento.

Uma vez corrigidas as irregularidades e estando a entidade ou o programa de atendimento, em termos, funcionando a contento, o processo será extinto, sem julgamento do mérito.

## **8 – Multa e advertência**

As penalidades previstas para as entidades de atendimento, desde que sejam elas governamentais, estão previstas expressamente no artigo 97, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente e no inciso II, do mesmo dispositivo estão previstas as penalidades previstas para as entidades não governamentais. Dependendo da gravidade das irregularidades detectadas nas entidades, há a possibilidade de fechamento da unidade e interdição de seu programa (nos casos de entidades governamentais) e suspensão do repasse de verbas públicas, além da interdição ou suspensão da unidade e cassação de seu registro (entidades não governamentais).

Muito embora o Estatuto não faça menção expressa, entende-se pela possibilidade de afastamento dos dirigentes de entidades não governamentais<sup>120</sup>, em virtude da natureza das funções por ele exercidas, de caráter eminentemente público. Tal assertiva ganha relevo, na medida em que as entidades não governamentais devem ser devidamente registradas no Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, além do que podem ser beneficiadas com o repasse de verbas públicas para a consecução de seus objetivos.

É de se salientar que o pagamento da multa e da advertência, além das sanções previstas como o afastamento dos dirigentes, o fechamento da entidade e a suspensão do programa de atendimento são aplicáveis, independentemente das responsabilidades civis ou criminais dos dirigentes e seus prepostos.

Nesse ponto, cumpre salientar que, caso o Promotor de Justiça da Infância e Juventude não seja o Promotor com atribuição na área criminal deverá remeter cópia de todo o expediente ao Promotor com atribuição criminal.

No caso de reparação dos danos civis – sejam eles de natureza material ou moral (difusos), o Ministério Público poderá ajuizar regular ação civil pública, a qual também

---

<sup>120</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, op. citada, p. 664.



poderá ter como objeto as mesmas sanções previstas no artigo 97 do Estatuto, conforme já salientado.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Competência – apuração de irregularidade**

*TJDF - Agravo de Instrumento: AI 38250520088070000 DF 0003825-05.2008.807.0000*

*Processo: AI 38250520088070000 DF 0003825-05.2008.807.0000*

*Relator(a): GEORGE LOPES LEITE*

*Julgamento: 07/08/2008*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal*

*Publicação: 27/08/2008, DJ-e Pág. 154*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM ENTIDADE DE ATENDIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. DIANTE DA INFORMAÇÃO LEVADA AO CONHECIMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NOTICIANDO AGRESSÕES CONTRA MENOR INTERNADO POR PARTE DE MONITORES DA INSTITUIÇÃO CUSTODIANTE - CAJE -, O PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO PARA SUA APURAÇÃO PELO JUÍZO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DEVE SER DEFERIDO, POIS ESTE É O ÓRGÃO COMPETENTE PARA APLICAR AS MEDIDAS PUNITIVAS CABÍVEIS. A EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO VERSANDO O MESMO OBJETO NÃO OBSTA A ABERTURA DO PROCEDIMENTO NO ÂMBITO DO JUÍZO ESPECIALIZADO. RECURSO PROVIDO.*

### **Representação irregularidades**

*APELAÇÃO CÍVEL nº 994.09.000759-0, da Comarca de São Paulo*

*Câmara Especial - TJSP*

*Apelantes: Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente - CASA e Berenice Maria Gianella*

*Apelado: Promotor de Justiça do Departamento da Infância e Juventude da Capital*

*Julgamento – 17/01/11*

*REPRESENTAÇÃO. FUNDAÇÃO CASA. Unidade 37 do Complexo Raposo Tavares. Preliminares inconsistentes e rejeitadas. Fechamento e responsabilidade da Presidente. Irregularidades graves que ficaram comprovadas, incluindo maus tratos e brutais espancamentos que feriram substancialmente os direitos dos adolescentes e afrontaram a dignidade humana. Demora inexplicável para a tomada de providências concretas diante de escancaradas irregularidades que conduz à responsabilidade da Presidente da Fundação. Afastamento definitivo que se revelou exagerado, contudo, diante das providências que depois foram tomadas pela apelante para a regularização das unidades com sensíveis melhorias gerais na Fundação. Recurso provido em parte para aplicar a pena de advertência. Prejudicado o recurso da Fundação CASA.*

# **INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS**

## Capítulo 1 – CONCEITO

O conceito de infração administrativa deve ser haurido do direito administrativo e, dentre várias abordagens, pode se destacar a de que se trata de “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição *é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada nesta esfera*”<sup>121</sup> (MELLO 2007), cuja consequência é a sanção administrativa de caráter repressivo, fundamentada no poder de polícia do Estado.

Trata-se de ato violador de normas administrativas que visam resguardar o interesse público, no caso específico, de crianças e adolescentes, gerando a aplicação da sanção para intimidação dos potenciais infratores, num caráter de prevenção geral, e efetiva punição daqueles que descumprem as regras impostas, a fim de que não voltem a praticar o ato, numa perspectiva de prevenção especial.

Podem ser divididas em infrações de:

- a) proteção ao decoro, no que envolvem conceitos morais e éticos da família e dos indivíduos (arts. 252, 253, 254, 255, 256, 257 e 258 do ECA);
- b) proteção à segurança de crianças e adolescentes (art. 245 do ECA);
- c) prevenção ao trabalho doméstico (art. 248 do ECA);
- d) violência sexual (art. 250 do ECA);
- e) privação de liberdade (art. 251 do ECA);
- f) direitos fundamentais (arts. 246 e 247 do ECA) e,
- g) proteção quanto ao exercício do poder familiar (art. 249 do ECA).

---

<sup>121</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 24ª ed., ed. Malheiros, p. 823.

São instruídas por princípios gerais e especiais, inclusive os do direito penal e processual, que devem ser compatibilizados com os da infância e juventude<sup>122</sup>.

Quanto aos princípios da infância e juventude, podem-se destacar os da proteção integral, da prioridade absoluta, da legalidade, da presunção de legitimidade dos atos administrativos, da independência das sanções administrativas, da objetividade, da publicidade, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório<sup>123</sup>.

Dentre esses princípios, destaque-se o da *legalidade*, pelo qual as normas previstas devem respeitar a legalidade das imputações no contexto da *reserva legal*, o que não exclui a interpretação analógica ou extensiva quando seja decorrente do tipo administrativo<sup>124</sup>.

Também o da *presunção de legitimidade* reforça a premissa de que os fatos descritos no auto de infração lavrado por agente público devem ser tidos como verdadeiros, cabendo o ônus da prova contrária ao autuado, o que envolve a *ampla defesa* e o *contraditório* a serem observados dentro do *devido processo legal*.

## Capítulo 2 – DA RESPONSABILIDADE E DA INTERPRETAÇÃO QUANTO ÀS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

O procedimento para apuração das infrações administrativas é informado, via de regra, pelo conceito de responsabilidade objetiva, já que, no mais das vezes, a adoção de um regime que preconizasse a busca da responsabilidade subjetiva poderia levar à verdadeira inaplicabilidade das infrações administrativas<sup>125</sup>.

Nesse reforço, parte da doutrina menciona que “dispensa-se o dolo e a culpa, bastando apenas a voluntariedade da conduta” (ISHIDA, 2001).<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 4ª edição, p. 436.

<sup>123</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit. p. 436/443.

<sup>124</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., 438/439.

<sup>125</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 441.

<sup>126</sup> ISHIDA, Valter Kenji, in, “Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência”, Editora Atlas, São Paulo, 2001, 3ª edição, página 419.

Conforme trazido pela doutrina especializada, não faz sentido a avaliação de elemento subjetivo, especialmente quando a responsabilidade recaia sobre a pessoa jurídica. Basta a ocorrência ou não do fato em desconformidade com a legislação. “Não é por ausência de dolo, mas por ausência da conduta omissiva mencionada pelo dispositivo, que não haverá a infração administrativa” (RAMOS, 2010)<sup>127</sup>.

Somente quando a infração expressamente exija dolo ou culpa, art. 249 do ECA, é que pode ser exigido o elemento subjetivo. Nos demais casos, avalia-se somente a conduta objetiva.

Tal interpretação quanto à responsabilidade não exclui o respeito aos princípios da legalidade e devido processo legal. No entanto, a interpretação da ocorrência ou não das infrações deve ser feita levando em conta a proteção integral e o interesse das crianças e adolescentes, tidos como valores prioritários a serem preservados.

Por estarem relacionados a direitos dispostos no Estatuto em relação à *prevenção especial*, devem ser avaliados segundo os ditames do art. 72 do ECA, segundo o qual as obrigações da lei “não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados”, sob pena de responsabilidade da pessoa física ou jurídica envolvida (art. 73 do ECA).

Nesse sentido, é preciso assentar que, como regra, a maior parte das infrações administrativas guarda relação com artigos específicos da parte referente à prevenção especial do ECA (arts. 74 a 85). Caso isso não ocorra, haverá expressa menção a outros direitos previstos na parte geral do ECA, conforme adiante se avaliará na menção aos tipos específicos.

Isso porque, para que tais direitos sejam efetivamente resguardados e instrumentalizados, necessária se faz a responsabilização do ponto de vista administrativo, estabelecendo-se um sistema de coerção que tem por finalidade a prevenção, a fim que evite outra violação desses direitos.

Ademais, a análise da matéria envolve vasta legislação complementar, decretos e resoluções que darão supedâneo ao procedimento administrativo e à eventual aplicação das multas previstas a cada uma das infrações administrativas.

Em relação à responsabilidade que possa recair em relação à pessoa jurídica, faz parte do sistema de responsabilização, com a possibilidade legal de imposição de sanção à pessoa jurídica que pode ter sua licença cassada ou ser determinado o fechamento do estabelecimento.

---

<sup>127</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 441

Esse sistema serviu de influência a outras normas, como por exemplo, a de proteção jurídica do meio ambiente, que sujeita os infratores, inclusive as pessoas jurídicas, às respectivas sanções. Nesse sentido a previsão específica do art. 3º da lei 9.605/98.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Responsabilidade do proprietário**

*TJSP - Apelação: APL 641804520118260000 SP 0064180-45.2011.8.26.0000*

*Relator(a): Presidente Da Seção De Direito Público*

*Julgamento: 20/06/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 22/06/2011*

*Ementa*

*APELAÇÃO Infração administrativa Menores desacompanhados dos pais ou responsável em festa noturna em descompasso com as normas estatutárias Aplicação do artigo 258 do ECA - Insuficiência probatória da responsabilidade de terceiro pela promoção do evento, enquanto locatário do espaço - Circunstância que, de qualquer forma, não ilidiria a responsabilidade do apelante, proprietário do espaço supostamente locado Substrato probatório suficiente à subsunção fática no tipo administrativo - Presunção de legitimidade dos atos de fiscalização levados a efeito pelos Conselheiros Tutelares ofiçiantes no evento - Multa devida, fixada em valor proporcional ao desvalor da conduta Recurso desprovido. Ingresso e permanência de menores em evento noturno, em dissonância com limites impostos pela legislação estatutária configura infração administrativa do art. 258 do ECA, para cuja comprovação suficiente se revelam os depoimentos prestados pelos Conselheiros Tutelares ofiçiantes na fiscalização do evento, cuja atuação goza da presunção de legitimidade inerente à função pública exercida, não deitada por terra.*

### **Responsabilidade objetiva**

*TJPR - Apelação Cível: AC 3140005 PR 0314000-5*

*Relator(a): Ivan Bortoleto*

*Julgamento: 08/08/2007*

*Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível*

*Publicação: DJ: 7436*

*Ementa APELAÇÃO CÍVEL. AUTOS DE REPRESENTAÇÃO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)- PROIBIÇÃO DE PUBLICAÇÃO, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DE FOTOGRAFIAS DE ADOLESCENTES ENVOLVIDOS EM ATO INFRACIONAL, COM OU SEM TARJA NOS OLHOS - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 143 PARÁGRAFO ÚNICO E 247, PARÁGRAFOS 1º e 2º DA LEI Nº 8.069/90. - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA - APLICAÇÃO CORRETA DE MULTA AO REPRESENTADO. Apelo desprovido.*

*1. Para a caracterização da infração administrativa prevista no artigo 80 do Estatuto da Criança e do Adolescente é irrelevante a demonstração de dolo ou culpa.*

*2. A divulgação de ato infracional em jornal, identificando o infrator por fotografia, como previsto nos artigos 143 parágrafo único e 247, parágrafos 1º e 2º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, naturalmente atinge frontalmente os direitos mais elementares da preservação da dignidade do adolescente.*

*3. Estabelecida pela lei a restrição à divulgação de fotografias, mesmo contendo tarja nos olhos dos adolescentes, cuja tese é sobejamente utilizada pelo apelante, na tentativa de reforço a conduzir à ausência da conduta reprovável, in casu, caberia ao mesmo a rigorosa observância da proibição legal, não podendo ser eximido da responsabilidade e muito menos da penalidade, a qual deve ser mantida em seu desfavor.*

### **Responsabilidade da pessoa jurídica**

*STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 622.707 - SC (2004/0012317-6)*

*RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON*

*RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA*

*RECORRIDO: HOTEL MATTES DE IVONE VOIGT*

*ADVOGADO: RAUL SCHROEDER E OUTRO*

*Data de julgamento: 02/02/2010*

*Data de publicação: 10/02/2010*

*EMENTA*

*ADMINISTRATIVO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO COMO SUJEITO PASSIVO POSSIBILIDADE.*



1. *Infração tipificada no art. 250 do ECA, com lavratura de auto contra a pessoa jurídica (hotel que recebeu uma adolescente desacompanhada dos pais e sem autorização).*

2. *A responsabilização das pessoas jurídicas, tanto na esfera penal, como administrativa, é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico vigente.*

3. *A redação dada ao art. 250 do ECA demonstra ter o legislador colocado pessoa jurídica no pólo passivo da infração administrativa, ao prever como pena acessória à multa, no caso de reincidência na prática de infração, o "fechamento do estabelecimento".*

4. *É fundamental que os estabelecimentos negligentes que fazem pouco caso das leis que amparam o menor também sejam responsabilizados, sem prejuízo da responsabilização direta das pessoas físicas envolvidas em cada caso, com o intuito de dar efetividade à norma de proteção integral à criança e ao adolescente.*

5. *Recurso especial provido.*

*Data de julgamento*

## **Capítulo 3 – ASPECTOS GERAIS REFERENTES À APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA**

### **1 - Formas da instauração do procedimento administrativo**

O *procedimento de apuração* está previsto nos arts. 194 a 197 do ECA, informado por todos os princípios acima destacados e três são as *formas* para que se instaure o referido procedimento para averiguar a ocorrência de infração administrativa e eventual responsabilização.

**1.1 - Por representação do Ministério Público:** O Ministério Público é o titular da ação para apuração de procedimento de infração administrativa. A representação deve conter um resumo dos fatos imputados, com indicação de dia, local e narrativa a ocorrência, identificação do infrator, mencionando qual o dispositivo violado e indicação do rol de testemunhas.

**1.2 - Por representação do Conselho Tutelar:** Ao Conselho Tutelar, órgão colegiado encarregado de zelar pela proteção dos direitos de crianças e adolescentes,

também está incumbida essa função atípica, prevista no art. 194 do ECA e pode representar ao Ministério Público a ocorrência de infração administrativa.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Infração aos deveres do poder familiar – análise das condições sociais da ré – necessidade**

*Voto nº 6109 Apelação Cível nº 0003496-31.2009.8.26.0581 São Manuel*

*Relator: MARTINS PINTO*

*Data de julgamento: 25/07/2011*

*Data de publicação: 04/08/2011*

*MENOR - Infração administrativa - Descumprimento de medida protetiva de frequência obrigatória à escola - Representação oferecida pelo Conselho Tutelar contra a genitora, por infringência ao disposto no art. 249 do ECA - Pretensão acolhida em primeiro grau com a imposição de sanção pecuniária - Apelação que visa a reforma do julgado - Alegação de cerceamento de defesa em razão do indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa - Defensor dativo que teve a oportunidade de se manifestar posteriormente em audiência de instrução e julgamento, mas ficou inerte - Preclusão - Alegação de falta de provas para a condenação - Omissão voluntária da genitora não comprovada - Necessidade de análise da conduta da requerida no contexto social em que vive - Recurso provido, com julgamento de improcedência da representação*

**1.3 - Por auto de infração por servidor efetivo ou voluntário:** O procedimento pode ser iniciado a partir da elaboração de auto de infração por servidor efetivo ou voluntário credenciado<sup>128</sup> e assinado por duas testemunhas, se possível.

A existência de um corpo próprio de voluntários pode ser salutar, mas deve ser encarada com a máxima cautela, para que sua atividade seja efetivamente fiscalizada pelo Ministério Público e pelo Próprio Poder Judiciário e se evitem distorções em sua atuação.

Outrossim, pela própria natureza da função, por se tratar de serviço voluntário, não permite remuneração, devendo ser orientados e manter registro na Vara da Infância e Juventude.

---

<sup>128</sup> Art. 194 “caput” do ECA.

**1.4 - Do auto de infração:** No procedimento iniciado com o auto de infração poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração onde os fatos são descritos de forma sucinta, apontando-se em campo próprio a infração respectiva. Muitas vezes, há espaços próprios em que são preenchidos os dados peculiares da infração – seu histórico, o dispositivo violado e os dados do infrator.

Sempre é exigível, tão logo seja constatada a infração, a lavratura do auto, certificando-se, em caso contrário, os motivos do retardamento. Essa exigência se presta para evitar incertezas e arbitrariedades relativas à atuação dos servidores ou comissários.

Também é imprescindível que os autuantes sejam orientados a colher cópia dos documentos do local, dos responsáveis e das pessoas envolvidas, especialmente quando se trate de infração com presença irregular de crianças e adolescentes, cujos dados devem ser devidamente coletados, bem como dos responsáveis, e local onde possam ser encontrados.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Fórmulas impressas**

*TJRN - Apelação Cível: AC 8110 RN 2009.008110-0*

*Relator(a): Des. Dilermando Mota*

*Julgamento: 25/03/2010*

*Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível*

*Parte(s):*

*Apelante: Silvana de Moura Faitão*

*Apelado: Ministério Público*

*Ementa*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. AUTO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES DESACOMPANHADOS DOS RESPONSÁVEIS LEGAIS OU SEM AUTORIZAÇÃO DOS PAIS OU RESPONSÁVEIS EM FESTA. AUTO INFRAACIONAL LAVRADO DE ACORDO COM A LEI. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 258 DO ECA. DEVER DE VIGILÂNCIA*

*RESPONSABILIZAÇÃO DA PROMOTORA DO ESPETÁCULO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO I.*

*O artigo 194 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que no processo iniciado com auto de infração, como é o caso, poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração. 2. Os menores deveriam estar acompanhados pelos pais ou portando expresso consentimento, a ser exibido, nos flagrantes, o que não ocorreu no caso em apreço. 3. A Sentença ataca não feriu os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, tendo em vista que a apelante foi devidamente citada para contestar os fatos a si imputados e teve acesso ao auto de infração acostado às fls. 03, que não foi impugnado. 4. Não há dúvida de que aconteceu o acesso dos adolescentes à festividade, sem acompanhamento dos pais ou responsável e sem portarem a devida autorização, o que dá azo à violação do art. 258 do ECA. 5. Precedentes desta Corte. Recurso conhecido de desprovido. ACÓRDÃO*

## **2 - Das especificidades do procedimento**

Instaurado o procedimento, será dada oportunidade de defesa no prazo de dez dias<sup>129</sup>. No entanto, ainda que instaurado o contraditório, a análise das infrações administrativas deve ser feita à luz da responsabilidade objetiva dos responsáveis pela violação das normas de proteção na área da infância e juventude, especialmente por considerar a presunção de veracidade dos fatos alegados, que admitem prova em contrário.

Assim, uma vez apresentada defesa em tempo hábil, será avaliada a necessidade de produção de provas, designando-se audiência de instrução e julgamento<sup>130</sup>. Caso não seja contestada, abrir-se-á vista ao Ministério Público<sup>131</sup>, mas entende-se que se operam os efeitos da revelia<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> Art. 195. O requerido terá prazo de dez dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação, que será feita:....

<sup>130</sup> Art. 197. Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior, ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Parágrafo único. Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença.

<sup>131</sup> Art. 196. Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, a autoridade judiciária dará vista dos autos do Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo.

<sup>132</sup> Art. 319 c.c. art. 330, inc. II do CPC, c.c. art. 152 do ECA.

A representação deve conter um resumo mínimo dos fatos, a menção aos dispositivos de lei violados, o procedimento a ser seguido e o rol de testemunhas, quando possível.

Ainda que não se exija prova pré-constituída para o oferecimento da representação, tal princípio não decorre da falta de exigência, mesmo porque a infração administrativa deve seguir o princípio da legalidade. O que se destaca, no sentido da avaliação da prova, é a presunção de legitimidade do ato administrativo realizado pelo servidor, em relação aos fatos descritos no auto de infração lavrado que devem ser tidos como verdadeiros, cabendo o ônus da prova em contrário ao autuado.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Presunção de legitimidade**

*TJSP - Apelação: APL 33207420098260315 SP 0003320-74.2009.8.26.0315*

*Relator(a): Presidente Da Seção De Direito Público*

*Julgamento: 16/05/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 18/05/2011*

*Ementa*

*APELAÇÃO Infração administrativa Menores desacompanhados dos pais ou responsável em festa noturna em descompasso com os limites impostos por alvará judicial Aplicação do artigo 249 do ECA Substrato probatório suficiente à subsunção fática no tipo administrativo Presunção de legitimidade dos atos de fiscalização levados a efeito pelos Conselheiros Tutelares oficiais no evento Multa devida Aplicação do salário mínimo de referência Recurso desprovido, com determinação ex officio de correção da base de cálculo da multa aplicada. Ingresso e permanência de menores em evento noturno, em dissonância com limites impostos em alvará judicial configura infração administrativa do art. 249 do ECA, para cuja comprovação suficiente se revelam os depoimentos prestados pelos Conselheiros Tutelares oficiais na fiscalização do evento, cuja atuação goza da presunção de legitimidade inerente à função pública exercida*

### **Presunção de veracidade**

TJMG: 107200804715790011 MG 1.0720.08.047157-9/001(1)

Relator(a): ELIAS CAMILO

Julgamento: 01/10/2009

Publicação: 23/10/2009

*Ementa*

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - INGRESSO E PERMANÊNCIA DE MENOR EM EVENTO PROIBIDO SEM O ACOMPANHAMENTO DOS PAIS OU REPRESENTANTE LEGAL - AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO COMISSARIADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO ABALADA. - APLICAÇÃO DO ARTIGO 258 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INFRAÇÃO - MULTA - FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE.

- O ingresso e permanência de menor, desacompanhado dos pais ou responsáveis, em local inadequado, constitui violação administrativa de normas de proteção da criança e do adolescente, sendo certo que o auto de infração correspondente, lavrado pelo Comissariado da Infância e Juventude, dota-se de presunção relativa de veracidade, cujo conteúdo deve prevalecer na ausência de prova em contrário.

- Estando a penalidade pecuniária fixada pelo descumprimento da norma prevista no ECA em conformidade à sua finalidade educativa, não há que se falar em sua redução.

TJRO - Apelação Cível/ECA: AC 10070120070001197 RO 100.701.2007.000119-7

Relator(a): Desembargador Kiyochi Mori

Julgamento: 18/09/2007

Apelante : Cristiane Schneider Vendrame – ME

Advogados : Orlando Ribeiro do Nascimento (OAB/RO 177) e outro

Apelado : Ministério Público do Estado de Rondônia

*Ementa*

Criança e adolescente. Casa de show. Presença de menor de idade. Horário inadequado. Infração administrativa. Portaria judicial. Declinação da data de nascimento. Presunção de veracidade. Prova em contrário. Ausência de contestação. Cerceamento de defesa. Não-configuração. Reincidência. Ausência de prova. Redução da multa. Aplicação. Configura infração administrativa a presença de menor de idade em casa de show durante horário inadequado, em afronta à portaria judicial. A menoridade do jovem se presume ante a declinação de sua data de nascimento perante o oficial do comissariado, prescindindo de prova documental. Permanece a presunção de veracidade dos dados pessoais até prova documental em contrário, cuja oportunidade de produção se dá no prazo de contestação. A não-apresentação de

*contestação possibilita o julgamento antecipado da lide conforme critérios do magistrado, não configurando cerceamento de defesa quando versa sobre matéria exclusivamente de direito. A redução da multa é aplicável quando, em face da ausência de prova da reincidência, a sanção mostra-se excessiva, estando próxima do teto previsto em lei.*

*TJDF - APE: 66415420088070001 DF 0006641-54.2008.807.0001*

*Relator(a): ROMEU GONZAGA NEIVA*

*Julgamento: 27/01/2010*

*Órgão Julgador: 5ª Turma Cível*

*Publicação: 11/02/2010, DJ-e Pág. 77*

*Ementa*

*PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 258 DO ECA. ADOLESCENTES INGERINDO BEBIDAS ALCÓOLICAS EM FESTA "OPEN BAR" SEM ALVARÁ. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.*

*1. PRÁTICA A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 258 DO ECA O ORGANIZADOR/RESPONSÁVEL POR EVENTO 'OPEN BAR' QUE, ALÉM DE NÃO POSSUIR ALVARÁ, PERMITE A ENTRADA DE MENORES DESACOMPANHADOS DE SEUS PAIS OU RESPONSÁVEIS, BEM COMO A INGESTÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS.*

*2. A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA POR OMISSÃO NÃO PRESCINDE DO DOLO, PORÉM, O ELEMENTO SUBJETIVO TRANSPARECE NA DESOBEDIÊNCIA CLARA AOS PRECEITOS LEGAIS QUE REGEM A ESPÉCIE.*

*3. OS ATOS ADMINISTRATIVOS GOZAM DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.*

*4. A MULTA ATENDE À NECESSIDADE DE REPREENDER E DESESTIMULAR REINCIDÊNCIA.*

*5. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. UNÂNIME.*

### **Da prova necessária**

**STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1163663 SC 2009/0207274-7**

*Relator : Ministro Humberto Martins*

*Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

*Recorrido : Auto Viação Catarinense Ltda*

*Advogado : Clever Fernando Dorst e outro (s)*

*Data de julgamento: 05/08/2010*

*DIREITO ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - ART. 152 DO ECA - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA NORMA PROCESSUAL PERTINENTE - ART. 251 DO ECA - INFRAÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - SÚMULA 74/STJ - INAPLICABILIDADE - PRESCINDIBILIDADE DE CERTIDÃO DE DOCUMENTO - RESPONSABILIZAÇÃO SOCIAL.*

*1. A aplicação subsidiária de norma processual deve guardar pertinência com a natureza da infração administrativa, no que concerne a regramento geral não previsto no próprio procedimento especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, exegese do art. 152 do ECA.*

*2. Dentro do microsistema de proteção a crianças e adolescentes, as infrações administrativas não se apresentam com atributos de ordem jurisdicional, mas como punição administrativa do Poder Judiciário, no exercício de função atípica, derivada do poder de polícia. ( In : Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006; ISHIDA, Válder Kenji).*

*3. "As infrações são de natureza administrativa e a pena estabelecida é de multa." (In: Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente", 10ª ed. Malheiros: São Paulo, p. 268; LIBERATI, Wilson Donizeti.)*

*4. A par da natureza administrativa da infração, ausentes os efeitos penais, é inaplicável a Súmula 74 do STJ: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do reu requer prova por documento hábil."*

*5. Diferentemente do sistema penal, a responsabilização nas sanções administrativas não busca reprimir o indivíduo em sua subjetividade, mas liga-se, no Estatuto da Criança e do Adolescente, à responsabilidade social que advém do Princípio da Proteção Integral.*

*6. A infração administrativa constante no art. 251 do ECA prescinde de certidões de nascimento ou documentos equivalentes.*

*7. Com base no conteúdo fático inscrito aos autos pelo Tribunal a quo , forçoso concluir que a permissão do ingresso de "R. da S. B. e D. da S. B., sem autorização judicial, e sem documentação que comprovasse o parentesco com as pessoas que as acompanhavam" é suficiente para a aplicação de multa sancionatória.*

*Recurso especial provido.*

### **3 - Da competência para apuração**



A competência segue, via de regra, a do local da prática da infração<sup>133</sup>. No entanto, são admitidas algumas exceções:

- 1) na infração relativa ao descumprimento dos deveres decorrentes da autoridade familiar, a competência será o local de residência dos pais ou responsáveis;
- 2) se a infração for cometida por meio de imprensa, a sede do meio de comunicação;
- 3) na infração relativa à omissão na alimentação do cadastro de adoção, será competente o respectivo órgão disciplinar<sup>134</sup>.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Competência**

#### **Local ação ou omissão**

*STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1171367 DF 2009/0243964-0*

*Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN*

*Julgamento: 16/11/2010*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJe 04/02/2011*

*Ementa*

*PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. PERIÓDICO DE CIRCULAÇÃO NACIONAL. INFRAÇÃO PREVISTA NO ART. 253 DO ECA. REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO FORO DO LOCAL ONDE OCORREU OU DEVA OCORRER A AÇÃO OU OMISSÃO. ARTS. 147, § 1º E 209 DO ECA.*

*I. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 147, § 1º, prevê que, "nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão".*

---

<sup>133</sup> Art. 152 do ECA, c.c. art. 6º do CP – **Lugar do crime** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984) - Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

<sup>134</sup> Conforme entendimento esposado por Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, op. citada, p. 677.

2. A regra contida no art. 147, § 3º, expressamente delimita sua aplicação para as hipóteses de "infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão", não abrangendo os casos de infração em periódico de circulação nacional.
3. A interpretação das regras de competência para apreciar a imposição de penalidade administrativa por infração ao ECA deve se orientar pela ampla proteção dos direitos do menor, e não em benefício da empresa infratora.
4. Saliente-se que a recorrida possui sucursal no Distrito Federal. Não se pode alegar, portanto, que o processamento da demanda neste foro poderia prejudicar sua defesa.
5. Recurso Especial provido.

### **Sede da pessoa jurídica**

*TJDF - Agravo de Instrumento: AG 195798420088070000 DF 0019579-*

*Processo: AG 195798420088070000 DF 0019579-84.2008.807.0000*

*Relator(a): LÉCIO RESENDE*

*Julgamento: 20/05/2009*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Cível*

*Publicação: 25/05/2009, DJ-e Pág. 27*

*Ementa*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. REVISTA DE CIRCULAÇÃO NACIONAL. ANÚNCIOS. FILMES E PEÇAS TEATRAIS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS LIMITES DE IDADE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. O ARTIGO 253 DO ECA PREVÊ COMO INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA "ANUNCIAR PEÇAS TEATRAIS, FILMES OU QUAISQUER REPRESENTAÇÕES OU ESPETÁCULOS, SEM INDICAR OS LIMITES DE IDADE A QUE NÃO SE RECOMENDEM." A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA COMETIDA POR REVISTA DE CIRCULAÇÃO NACIONAL É DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA DO LOCAL DA SEDE DA PESSOA JURÍDICA.*

### **Vara da Infância e Juventude**

*TJSP - Apelação: APL 9000002452008826 SP 9000002-45.2008.8.26.0482*

*Relator(a): Martins Pinto*

*Julgamento: 07/11/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 09/11/2011*

*APELAÇÃO Execução de multa administrativa por infração ao disposto no art. 258 do ECA Expedição de Certidão de Dívida Ativa e arquivamento dos autos Impossibilidade - Competência funcional do Juízo da Infância e da Juventude Inteligência do art. 214 do ECA - Recurso provido.*

*STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 602062 SC 2003/0198005-3*

*Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA*

*Julgamento: 18/10/2006*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 05.12.2006 p. 252*

*ADMINISTRATIVO. ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ESPECIALIDADE. PRECEDENTE.*

- 1. Nos termos do art. 148, VI, da Lei n. 8.069/90, é competente a Justiça da Infância e da Juventude para aplicar as penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança e ao adolescente.*
- 2. Na forma prevista no art. 152 do ECA, somente aplicam-se subsidiariamente as normas gerais da legislação processual pertinente quando houver lacuna na legislação especial.*
- 3. Recurso especial provido*

### **Para execução da multa**

*TJSP - Apelação: APL 549897320118260000*

*Relator(a):Presidente Da Seção De Direito Público*

*Julgamento: 20/06/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 22/06/2011*

*COMPETÊNCIA Execução de multa administrativa por infração ao disposto no art. 258 do ECA Competência funcional do juízo da infância e da juventude Exegese do art. 214 do ECA Apelo provido. Presente o disposto no art. 214 do ECA, não há espaço para dívida quanto a competir ao Juízo da Infância e da Juventude na modalidade de competência funcional a execução de multa imposta por sentença em decorrência de infração administrativa ao disposto no art. 258 do referido diploma legal.*

#### **4 - Do exercício da defesa**

O Estatuto prevê o prazo de dez dias para apresentação de defesa pelo autuado, o qual será contado da data da intimação, que será feita:

- 1) pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do requerido – obviamente há a expressa presunção de que o requerido tomou conhecimento do conteúdo da infração, bem como de que foi devidamente autuado e terá oportunidade para a apresentação de defesa;
- 2) por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado, que entregará cópia do auto ou da representação ao requerido, ou a seu representante legal, lavrando certidão – estes casos referem-se à elaboração de representação seja pelo Ministério Público, seja pelo Conselho Tutelar, casos esses que o oficial de justiça levará cópia da representação para o requerido para que ele ofereça resposta, no prazo legal;
- 3) por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o requerido ou seu representante legal – nesses casos, visando até mesmo uma maior praticidade, a economia processual e a informalidade dos atos, dada a natureza administrativa da conduta e da instauração do procedimento;
- 4) por edital, com prazo de trinta dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do requerido ou de seu representante legal<sup>135</sup>.

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **Intimação**

---

<sup>135</sup> Art. 195. O requerido terá prazo de dez dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação, que será feita:

I - pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do requerido;

II - por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado, que entregará cópia do auto ou da representação ao requerido, ou a seu representante legal, lavrando certidão;

III - por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o requerido ou seu representante legal;

IV - por edital, com prazo de trinta dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do requerido ou de seu representante legal.

*TJPR - Apelação cível N° 547.073-3, de Londrina - Vara da Infância e da Juventude*

*Apelante : J. F. S.*

*Apelado : M. P. E. P.*

*Relator : Des. Rafael Augusto Cassetari*

*Oitava Câmara Cível*

*Relator: José Ataídes Siqueira Trindade*

*Julgado em 14/10/2005*

*CÍVEL - APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - INTIMAÇÃO POR PESSOA DIVERSA DA REPRESENTANTE LEGAL - NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - ARTIGO 195, INCISOS I E II DO ECA - APELO PROVIDO.*

*Tendo em vista a desobediência ao art. 195 do ECA quando da citação dos apelantes, decreta-se a nulidade do processado. Incidência do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e parágrafo único do art. 206 do ECA. Nulidade do feito decretada a partir do ato citatório.*

## **5 - Dos efeitos da revelia**

Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo. Ou seja, nestes casos presumem-se os fatos deduzidos na peça inaugural do procedimento administrativo como verdadeiros, não havendo necessidade de dilação probatória, devendo ser o caso julgado conforme o estado do processo<sup>136</sup>.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Efeito da revelia**

*TJMG: 1928340 MG 1.0000.00.192834-0/000(1)*

*Processo: 1928340 MG 1.0000.00.192834-0/000(1)*

---

<sup>136</sup> Art. 319 c.c. art. 330, inc. II do CPC, c.c. art. 152 do ECA.

*Relator(a): JOSÉ FRANCISCO BUENO*

*Julgamento: 21/09/2000*

*Publicação: 10/10/2000*

*Ementa*

*ECA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - PERMANÊNCIA DE MENOR EM LOCAL DE DIVERSÃO - ART. 258 - REVELIA.*

*Não impugnado o auto de infração no prazo legal, impõem-se os efeitos da revelia (art. 152 do ECA).*

*TJSC - Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente: APL 80436 SC 2005.008043-6*

*Classe: Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente*

*Relator: Amaral e Silva*

*Comarca de Balneário Camboriú*

*Data de julgamento: 05/10/2005*

*Relator: Des. Amaral e Silva.*

*ADMINISTRATIVO - INFRAÇÃO AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - HOSPEDAGEM DE MENORES SEM AUTORIZAÇÃO - INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 82 E 250 DO ESTATUTO - APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVAMENTE - REVELIA CARACTERIZADA - FATOS DO AUTO DE INFRAÇÃO CONSIDERADOS VERDADEIROS - RECURSO DESPROVIDO*

*Submete-se a multa o hotel, motel ou pensão que hospedar criança ou adolescente sem autorização dos pais, responsáveis ou da autoridade judiciária.*

*Caracteriza revelia a apresentação de contestação fora do prazo legal, previsto no artigo 195 do ECA, reputando-se verdadeiros os fatos apresentados no auto de infração.*

*TJSC - Apelação Criminal: APR 289429 SC 2005.028942-9*

*Relator: Tulio Pinheiro*

*Data: 22/08/2006*

*Comarca de Itajaí.*

*Relator: Des. Substituto Tulio Pinheiro.*

*CRIANÇA E ADOLESCENTE - AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 258 DO ECA EM FACE DE NÃO TER O ESTABELECIMENTO OBSERVADO DISPOSIÇÕES LEGAIS A RESPEITO DO ACESSO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE AO LOCAL - APELO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DE NULIDADE EM VIRTUDE DE CERCEAMENTO DE DEFESA CONSISTENTE NA ABERTURA DE VISTA AO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PRAZO DE DEFESA (ART. 195 DO ECA), O QUE TERIA IMPOSSIBILITADO A OFERTA DE RESPOSTA - MOTIVO QUE ALÉM DE NÃO COMPROVADO, POR SI SÓ NÃO CONSTITUI CAUSA IMPEDITIVA PARA QUE O RÉU IMPUGNE O AUTO DE INFRAÇÃO - REVELIA - APLICABILIDADE DE SEUS EFEITOS AO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 194 E SEQUINTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE QUALQUER PROVA A AFASTAR A VERSÃO APOSTA NO AUTO INFRACIONAL - PEDIDO DE MINORAÇÃO OU, ALTERNATIVAMENTE, PARCELAMENTO DA MULTA APLICADA NO MÍNIMO LEGAL - INVIABILIDADE - APELO DESPROVIDO*

## **6 - Do contraditório diferido**

Apresentada a defesa, a autoridade judiciária poderá abrir vista para que as partes se manifestem, em se tratando apenas de matéria de direito ou de prova documental. Apenas quando necessária a produção de prova oral, será designada audiência de instrução e julgamento (art. 197 do ECA).

Durante a colheita da prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença (art. 197, § único do ECA).

## **7 - Das sanções administrativas**

Quanto às sanções administrativas, consistem em multas de natureza administrativa, vinculadas ao salário de referência, tema que não é pacífico na doutrina e jurisprudência.

À época da edição do ECA, o país vivia um período de grave crise financeira em que a desvalorização da moeda era uma constante, de modo que havia a necessidade de fixar parâmetros que evitassem a defasagem do valor das multas e impedissem a insegurança jurídica, no âmbito da aplicação das multas administrativas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo alinhou-se ao posicionamento de que os salários de referência devem se relacionar aos valores monetários da época da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Daí, através de cálculo específico, converte-se o valor do salário de referência àquele período, com o parâmetro monetário de correspondência erigido também àquela época – a OTN – para a sua atualização em relação aos parâmetros atuais, chegando ao real valor monetário.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Multa em salário de referência/ atualização**

*TJ/SP*

*Apelação nº 066.703.0/1-00 16.419*

*Apelante: Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Presidente Prudente*

*Apelada: O.L.R.*

*Data de julgamento: 14/12/2000*

*Relator: Des. Nigro Conceição*

*APELAÇÃO CÍVEL - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - Estabelecimento comercial que, sem possuir alvará judicial, permitia presença de adolescente e criança em local onde explora diversões eletrônicas - Imposição de muito de uma salário mínimo -Apelação que visa fixação da multa em três (03) salários mínimos - inadmissibilidade - Coso em que a multa deveria ser cominada em salários de referência, como determinado pela Lei, efetuando-se a correção dos valores até a data do efetivo pagamento -Além disso, a r. decisão não observou os parâmetros legais, já que se lixou o valor do multa aquém do mínimo permitido - Recurso provido parcialmente para ajustar a multa aos parâmetros legais.*

No entanto, há entendimento contrário, no sentido de que deve ser guardada relação da multa com o salário mínimo atual, tomando este como base de atualização do que poderia ser chamado de salário de referência. Nesse sentido, entende-se que tal previsão estaria arrimada na CF, pois a única proibição constitucional a respeito da vinculação ao salário estaria prevista em relação aos contratos (art. 7º, inc. IV da CF)<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., 448/449.



## JURISPRUDÊNCIA

### Multa em salário mínimo

**STF** - "ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PUBLICAÇÃO EM JORNAL DE MATERIAL PORNOGRÁFICO, INDUTOR DE PROSTITUIÇÃO. MULTA EM SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. As multas eram aplicadas em salário referência que, revogado, foi substituído pelo salário mínimo. Assim, nenhuma ofensa às normas constitucionais porque, na verdade, o que o Supremo vem proibindo é a vinculação do salário mínimo como forma de correção monetária. Quanto à publicação a responsabilidade do órgão de divulgação decorre do só fato da comercialização dos anúncios contendo material pornográfico impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes, inseridos em contexto erotizante que lhes deturpa a boa formação moral e sexual, com aberto convite à prostituição. O anúncio de oferecimento de prostitutas com imagens eróticas e sensuais ofende as regras dos artigos 78 e 79 do ECA e o órgão divulgador dele suportará os ônus de sua publicação." (fl. 82) Dessa decisão interpõe RE alegando ofensa ao art. 7º, IV, "in fine" da CF. Não assiste razão ao recorrente. O STF firmou a seguinte orientação: "Vinculação ao salário mínimo: incidência da vedação do art. 7º, IV, da Constituição, restrita à hipótese em que se pretenda fazer das elevações futuras do salário mínimo índice de atualização da indenização fixada; não, qual se deu no acórdão, se o múltiplo do salário mínimo é utilizado apenas para expressar o valor inicial da condenação, a ser atualizado, se for o caso, conforme os índices oficiais da correção monetária." (RE 338760, PERTENCE, DJ 28/06/02) Ante o exposto, nego seguimento ao RE. Publique-se. (STF, Decisão Monocrática, RE N. 396.883-1, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 15/04/04, DJ 04/05/04)

### **STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 649467 RJ 2004/0039394-1**

RECURSO ESPECIAL Nº 649.467 - RJ (2004/0039394-1)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE : VIAÇÃO CIDADE DO AÇO LTDA

ADVOGADO : FERNANDO JOSÉ BARBOSA DE OLIVEIRA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Data de julgamento: 06/12/2005

### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL AUTO DE INFRAÇÃO TRANSPORTE DE CRIANÇA ACOMPANHADA DE PESSOA MAIOR SEM EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO PAIS OU RESPONSÁVEL PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRÊNCIA VALOR DA MULTA.

1. Segundo o art. 83, 1º, b, item 2 da Lei 8.069/90, não se exige autorização judicial quando a criança, viajando para fora da comarca onde reside (exceto comarca

*contígua ou na mesma região metropolitana), estiver acompanhada de pessoa maior expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.*

*2. Quem transporta criança ou adolescente, por qualquer meio, sem observância dos arts. 83, 84 e 85 da Lei 8.069/90, está sujeita ao pagamento de multa de três a vinte salários de referência, nos termos do art. 251 do mesmo diploma legal.*

*3. A conduta tida por infracional consiste na permissão de que a criança viaje em desacordo com a lei e aperfeiçoa-se no momento do transporte, sendo totalmente desinfluyente a produção de qualquer prova posterior, o que não fará desaparecer o ilícito.*

*4. Multa parcimoniosamente fixada em dez salários mínimos que se mantém, pois sua redução poderá constituir-se em estímulo para que as empresas de transporte deixem de cumprir as normas de proteção à criança.*

*5. Recurso especial improvido.*

**STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 649292 RJ 2004/0041365-9**

*Relator(a): Ministro FRANCIULLI NETTO*

*Julgamento: 21/06/2005*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 22/08/2005 p. 215*

**Ementa**

*RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, II; 458, II E 131, TODOS DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA DE CONEXÃO. TRANSMISSÃO DE FILME EM HORÁRIO IMPRÓPRIO, SEGUNDO PORTARIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DA RETRANSMISSORA. REVISÃO DO VALOR DA MULTA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ.*

*Afastada a alegada afronta aos artigos 131, 458, II, e 535, II, todos do CPC, uma vez que, consoante se verifica do v. acórdão impugnado, a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida. Quanto à alegada conexão, tampouco merece prosperar o recurso, uma vez que foram oferecidas várias representações contra a recorrente relativas a infrações distintas. Dessa forma, deve ser mantido o entendimento esposado pelo Tribunal Estadual, segundo o qual "inexiste conexão a determinar o simultâneo processo porque se trata de infrações cometidas em horários e programas diversos, sendo, portando, outra a 'causa petendi'" (fl. 61). Nos termos do artigo 147, § 3º, do ECA, é competente para a aplicação da penalidade a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede. Nesse sentido, independentemente de se tratar de geradora ou retransmissora de imagens, a sentença terá eficácia para todas. Dessa forma, como bem registrou o Ministério Público Federal, "não há nenhuma impropriedade em responsabilizar a recorrente pela transmissão de filme, ainda que a geração das imagens tenham emanado da TV SBT,*

*Canal 4, de São Paulo" (fl. 196). Mais a mais, o artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como infração administrativa o ato de "transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação". Dessarte, a recorrente, que transmitiu, "fora do horário recomendado para o público infanto-juvenil, o filme 'Os Últimos Durões', sem qualquer finalidade educativa, artística, cultural ou informativa" (fl. 74), é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente ação, independentemente da geração das imagens ter sido efetuada por outra empresa. Saliente-se, outrossim, que in casu não tem aplicação o artigo 149 do ECA, que cuida de Portaria do Juízo da Infância e da Juventude, pois a Portaria mencionada nos autos é do Ministério da Justiça, órgão competente para regulamentar as diversões e espetáculos públicos. Por fim, no que toca à pena prevista para a mencionada infração, dispõe o artigo 254 do ECA que será de "multa de vinte a cem salários de referência". Verifica-se, pois, que a instância ordinária fixou a multa nos termos da legislação aplicável à espécie, uma vez que condenou a recorrente ao pagamento de noventa salários mínimos. Reduzir o valor da pena demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável nesta instância extraordinária, a teor do que dispõe a Súmula 07 desta Corte. Recurso especial improvido.*

O valor das multas aplicadas em decorrência do cometimento de infração administrativa deverá ser *revertido* ao Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, uma vez que tal referência está expressa no art. 214 do ECA, cuja gestão será do respectivo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Reversão da multa ao Fundo Municipal – obrigatoriedade**

*STJ - Processo: REsp 604632 ES 2003/0199218-3*

*Relator(a): Ministro FRANCIULLI NETTO*

*Julgamento: 19/10/2004*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 11/04/2005 p. 251*

*RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE -ECA. MULTA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 154 E 214 DO ECA. VALOR REVERTIDO AO FUNDO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.*

O artigo 154 do *Estatuto da Criança e do Adolescente -ECA* não faz distinção quanto à destinação dos recursos provenientes das multas previstas pelo Estatuto. Ao contrário, estabelece que se aplica às multas o disposto no artigo 214 do *ECA*, segundo o qual os valores reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município. "As multas e penalidades eventualmente impostas no âmbito das Varas da Infância e da Juventude devem ser revertidas ao Fundo Municipal da Infância e da Juventude, como prevê o artigo 214 do *ECA*" (REsp 512.145/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 24.11.2003). Dessa forma, deve ser reformado o acórdão da Corte de origem, que esposou entendimento segundo o qual "inexiste qualquer irregularidade no Provimento 007/98, da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça, que regula a matéria, determinando que os valores recolhidos sejam utilizados na manutenção dos Juizados da Infância e da Juventude" (fl. 59). Recurso especial provido.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 564.722 - ES (2003/0125821-7)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RECORRIDO : GENTIL BERNARDINO ALVES

ADVOGADO : ONIAS ALVES

Data de julgamento: 21/10/2004

Data de publicação: 22/11/2004

EMENTA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MULTA APLICADA EM DECORRÊNCIA DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DEPÓSITO EM CONTA DESTINADA A MANTER A VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 154 E 214 DO ECA.

1. O valor da multa aplicada por infração administrativa ou por descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser revertido ao Fundo Municipal da

Infância e Adolescência.

2. A multas cominadas pelo ECA sejam elas decorrentes de infrações administrativas ou originárias de obrigação de fazer ou não fazer só divergem quanto à sua origem e não quanto à sua destinação, motivo pelo qual, em ambos os casos, incide o art. 214, da Lei n.º 8.069/90, verbis: "Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Respetivo Município."

3. Precedentes: RESP n.º 562.391/ES, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 30.08.2004; RESP n.º 614.985/ES, Rel. Min.ª Laurita Vaz, DJ de 23.08.2004; RESP n.º 512.145/ES, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ

de 24.11.2003.

4. *Recurso conhecido e provido.*

*RECURSO ESPECIAL Nº 512.145 - ES (2003/0019526-9)*

*RELATOR : MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA*

*RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO*

*RECORRIDO : RAFAEL MONTEIRO DE ALMEIDA*

*ADVOGADO: LUCIENE LYRIO JULIÃO - DEFENSORA PÚBLICA*

*Data de julgamento: 28/10/2003*

*EMENTA*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MULTA APLICADA EM DECORRÊNCIA DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESCUIDO DOS PAIS. DEPÓSITO EM CONTA DESTINADA A MANTER A VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 154 E 214 DO ECA. O VALOR DA PENA PECUNIÁRIA TEM DE SER REVERTIDO AO FUNDO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.*

*As multas e penalidades eventualmente impostas no âmbito das Varas da Infância e da Juventude devem ser revertidas ao Fundo Municipal da Infância e da Juventude, como prevê o artigo 214 do ECA. Recurso conhecido e provido.*

## **8 - Prazo prescricional de multa por infração**

A prescrição de multa aplicada por infração administrativa, conforme prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser orientada pelas regras de direito administrativo. No caso, por se fundamentar nessa forma, tem prazo para sua cobrança, cuja *prescrição* se opera em cinco anos, dada a sua natureza nitidamente fiscal. Tal interpretação, segundo a melhor doutrina<sup>138</sup>, decorre da aplicação do art. 4º da LICC, art. 126, do CPC, art. 174 do CTN e art. 1º do Dec. 20.910/32.

Observe-se que não cabe a utilização dos parâmetros do direito penal pela natureza totalmente diversa do que fundamenta a infração administrativa que é a

---

<sup>138</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., 452.

imposição de restrição dessa natureza e não de natureza penal. A única hipótese para utilização analógica desses princípios de natureza penal será em relação ao ato infracional e jamais em relação às infrações que têm natureza administrativa.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Prescrição**

*STJ*

*ADMINISTRATIVO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90)  
– ART. 247 DO ECA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO –*

*INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 226 DO ESTATUTO. 1. O art. 226 do ECA determina seja aplicado o Código Penal aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente ali definidos. 2. O STJ, interpretando o mencionado dispositivo, aplica as regras do Código Penal quanto à prescrição das medidas sócio-educativas. 3. As infrações administrativas, tipificada no art. 258 do ECA, diferentemente, por falta de previsão legal expressa, não seguem as regras do Código Penal. 4. Em se tratando de sanção administrativa, a multa imposta por força do art. 258 do ECA segue as regras de Direito Administrativo e não Penal, sendo quinquenal o prazo prescricional. Precedente da Segunda Turma no REsp 820.364/RN (STJ – 2ª Turma - REsp 849184 / RN -RECURSO ESPECIAL 2006/0101440-3 – Relatora: Ministra ELIANA CALMON - 28/08/2007 - DJ 11.09.2007 p. 215).*

## **9 – Da execução das multas**

A execução das multas administrativas impostas por infração às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente é de competência da Vara da Infância e Juventude, segundo vem se decidindo reiteradamente pelos Tribunais.

Trata-se de interpretação clara decorrente do disposto no art. 214 do ECA<sup>139</sup>, interpretado à luz do art. 148, inc. VI também do Estatuto<sup>140</sup>, pelo que incabível a expedição de certidão de dívida ativa para execução autônoma.

---

<sup>139</sup> Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

§ 1º As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

A multa deve ser recolhida ao fundo municipal da criança e do adolescente, gerido pelo Conselho Municipal de Direitos respectivo (art. 214 do ECA), cabendo sua execução na vara da infância e juventude local.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Execução – competência da vara da infância e juventude**

*TJSP - Apelação nº 9000002-11.2009.8.26.0482 e nº 9000002-45.2008.8.26.0482 (apenso) - Presidente Prudente*

*Apelante: PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE PRESIDENTE PRUDENTE*

*Apelada : ELENA EVAS SALES MEZETI- ME*

*Data de julgamento: 07/11/2011.*

*Relator Des. MARTINS PINTO*

*APELAÇÃO Execução de multa administrativa por infração ao disposto no art. 258 do ECA. Expedição de Certidão de Dívida Ativa e arquivamento dos autos Impossibilidade - Competência funcional do Juízo da Infância e da Juventude Inteligência do art. 214 do ECA - Recurso provido.*

*TJSP - Apelação nº 0054989-73.2011.8.26.0000 . - Página 2/5*

*CÂMARA ESPECIAL VOTO N.º 18.379*

*APELAÇÃO CÍVEL N° 0054989-73.2011.8.26.0000*

*RECORRENTE: PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE*

*DE PRESIDENTE PRUDENTE*

---

§ 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

<sup>140</sup> Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

.....

VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;

RECORRIDO: EDER LORENTE DE OLIVEIRA

Data de julgamento: 20/06/2011

Relator – Des. LUIS ANTONIO GANZERLA - Presidente da Seção de Direito Público

*COMPETÊNCIA Execução de multa administrativa por infração ao disposto no art. 258 do ECA Competência funcional do juízo da infância e da juventude Exegese do art. 214 do ECA Apelo provido. Presente o disposto no art. 214 do ECA, não há espaço para dúvida quanto a competir ao Juízo da Infância e da Juventude na modalidade de competência funcional a execução de multa imposta por sentença em decorrência de infração administrativa ao disposto no art. 258 do referido diploma legal.*

## Capítulo 4 – DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE

### Artigo 245 –

***Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.***

---

#### 1 - Sujeito ativo:

1) *Médico* é o profissional da área da medicina com colação em curso superior, independente de eventual especialização ou conclusão de residência, bastando a conclusão da faculdade; 2) *Professor* é todo aquele com bacharelado em magistério, ou que exerça tais funções, independente da especialidade a qual se dedique ou tenha estudado; 3) *Responsável* por estabelecimento de ensino e saúde é todo aquele com poder de gestão nos aludidos estabelecimentos.



Quanto à comunicação, é obrigatória e o médico não pode, nem deve, alegar eventual questão de sigilo, uma vez que tem o “dever jurídico” da comunicação. Aliás, isso está previsto no Código de Ética Médica<sup>141</sup>.

## **2 - Sujeito passivo:**

Criança e adolescente, ou seja, as pessoas com idade não superior a 18 anos de idade.

## **3 - Autoridade competente:**

O Conselho Tutelar, nos termos do artigo 13 do ECA. Caso o fato fosse comunicado a outras autoridades – Ministério Público ou Juízo da Infância e juventude, ou mesmo à Autoridade Policial – para a tomada das providências cabíveis, não se configuraria a infração administrativa, em tese.

## **4 - Estabelecimento de atenção à saúde:**

Todos os estabelecimentos que possam prestar atendimento à saúde de infantes e/ou gestantes. Os estabelecimentos podem ser os hospitais, prontos-socorros, como também os postos de saúde.

## **5 - Ensino fundamental, pré-escola e creche:**

Os conceitos estão detalhados na LDB (Lei Federal n. 9.394/96) a qual define o ensino fundamental como aquele que se inicia aos seis anos, com duração de nove anos; educação infantil estabelecida como a primeira etapa da educação básica que será oferecida por creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; e pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> **RESOLUÇÃO CFM N° 1.931, DE 17 DE SETEMBRO DE 2009.** Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

<sup>142</sup> Seção II

Da Educação Infantil

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.

Art. 31. Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental.

Seção III

Do Ensino Fundamental

## 6 - Suspeita ou confirmação de maus-tratos:

O fundamento primeiro do dispositivo em discussão encontra-se no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que no artigo 5º prevê: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Para a prática de maus-tratos prevista no artigo comentado, não se faz necessária seja aperfeiçoada a conduta típica do crime previsto no artigo 136 do Código Penal<sup>143</sup>. Basta que o agressor submeta criança ou adolescente que esteja sob sua guarda ou responsabilidade a sofrimento corpóreo ou mental de forma a violar os direitos inerentes à sua personalidade jurídica, mormente considerando sua condição de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Pode haver, portanto, uma gradação de condutas: desde atos que venham apenas a violar a autoestima do impúbere, causando um empobrecimento global do conceito que atribui a si próprio, até a prática de pequenas sevícias ou verdadeiras agressões que deliberadamente interfiram na coerência de seu desenvolvimento físico ou psicológico.

No que se refere à *prova da agressão*, não necessita ser inequívoca e suficiente a um juízo definitivo de mérito. Destarte, qualquer prova ou início de prova que demonstre a prática de maus-tratos é suficiente a configurar a infração administrativa. Apenas em caráter ilustrativo, podem ser aceitos como meios de prova, atestados médicos (comprobatórios de abuso), relatórios psicológicos e relatórios do Conselho Tutelar.

## 7 - Afastamento do agressor:

---

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:...

<sup>143</sup> Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

O *afastamento do agressor* deve ser uma atenção constante do Promotor de Justiça a fim de que se evite um processo de revitimização da criança ou adolescente que sofreu a violência. Isso porque, embora seja muito comum avaliar a necessidade de retirada ou até acolhimento da vítima, esta hipótese acaba causando uma nova e injusta forma de sofrimento, enquanto o agressor continua no local. Assim, o afastamento do agressor deve ser a providência principal.

No entanto, essa providência exige uma mínima articulação da rede de atendimento (serviços em geral, como saúde e assistência social) e de responsabilização (polícias), uma vez que, muitas vezes, a família ou a mãe podem ter receio em confirmar o fato ou suportar a saída do agressor, o que exige um trabalho articulado de suporte prévio para evitar nova vitimização ou perda da prova do fato com graves repercussões tanto no aspecto da convivência familiar e social da vítima, como do processo criminal respectivo.

## JURISPRUDÊNCIA

### **Afastamento do agressor**

*TJSP - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 58.362-0/0-0*

*Câmara Especial*

*RELATOR: OETTERER GUEDES.*

*D.J. 02/09/99*

*MENOR – Pedido de Providências – Recurso interposto contra decisão que determinou o afastamento do agravante de sua residência – Hipótese dos autos onde a medida, expressamente prevista em Lei, é necessária e foi determinada com base em documentação existente nos autos – Conveniência de sua manutenção íntegra – Inteligência do artigo 130 do ECA – Recurso não provido.*

Há que se salientar que a obrigação decorre do dever de todos<sup>144</sup> em comunicar às autoridades e ao Conselho Tutelar<sup>145</sup> os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos ou abuso de direitos contra crianças e adolescentes.

---

<sup>144</sup> Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Nesse mister, a comunicação da situação de violência, além da necessidade determinada em lei, pode ser feita por serviço de utilidade pública desenvolvido pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, órgão vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, pelo qual é possível veicular notícia sobre abuso ou exploração sexual ou quaisquer outras formas de violência contra crianças ou adolescentes (disque denúncia ou disque 100), garantido o sigilo da identidade do informante<sup>146</sup>.

## 8 - Objetividade jurídica:

Considerando a proteção que envolve a referida infração, a *objetividade jurídica* relaciona-se com a integridade física e corporal da criança e do adolescente sob a custódia, ainda que temporária, de tais estabelecimentos de atenção à saúde e à educação.

Por envolver a proteção à integridade física e mesmo psicológica, eventual alegação de convicção religiosa não pode ser justificativa para não comunicação. O respeito constitucional à convicção religiosa não pode estar acima dos direitos de crianças e adolescentes no respeito à sua integridade, “devendo os profissionais de saúde e educação, ao qual estiverem confiados, zelar para a proteção de todos os seus direitos, inclusive comunicando às autoridades competentes ocorrência de maus tratos e abusos sexuais praticados”<sup>147</sup> (RAMOS, 2001), inclusive por conta da presunção de violência trazida no art. 224 do CP.

## JURISPRUDÊNCIA

### Omissão na comunicação de caso de maus tratos pelo sistema de ensino

*Tribunal de Justiça do RS - Apelação Cível Nº 70012063517*

*Seção: CIVEL*

<sup>145</sup> Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

<sup>146</sup> O disque denúncia pode ser disponibilizado em: [http://www.presidencia.gov.br/estrutura\\_presidencia/sedh/spdca/exploracao\\_sexual](http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/spdca/exploracao_sexual)

<sup>147</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., 458.

*Tipo de Processo: Apelação Cível*

*Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível*

*Decisão: Acórdão*

*Relator: Alfredo Guilherme Englert*

*Comarca de Origem: Comarca de Vacaria*

*Julgado em 15/09/2005*

*Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 245 DO ECA. RECORRENTE QUE, NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE DA ESCOLA, DEIXA DE COMUNICAR À AUTORIDADE COMPETENTE NOTÍCIA DE MAUS-TRATOS POR PARTE DE PROFESSORA DO ESTABELECIMENTO EDUCACIONAL. CONDUITA OMISSA AMPLAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO.*

*Tribunal de Justiça do RS - Apelação Cível Nº 70038377503*

*Seção: CIVEL*

*Tipo de Processo: Apelação Cível*

*Órgão Julgador: Nona Câmara Cível*

*Relator: Tasso Caubi Soares Delabary*

*Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre*

*Julgado em 27/04/2011*

*Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA EXTRA PETITA. DEVER LEGAL DE INFORMAÇÃO (ART. 245, ECA). DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. 1. Sentença extra petita. Inocorrência. Na medida em que os autores referiram na inicial que a ré estaria sendo omissa na prestação de socorro em relação ao atendimento prestado a sua filha, isso engloba a alegação consistente no fato de que teria sido equivocadamente indicado o Hospital Luterano para a realização do exame ginecológico, razão por que a sentença analisou o pedido dentro do limite proposto. 2. Danos morais. Hipótese em que não está caracterizada conduta ilícita pela demandada, pois ela cumpriu a determinação legal, pois se assim não fizesse o profissional médico estaria sujeito às infrações legais. Ausência do dever de indenizar. APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA, PREJUDICADA A APELAÇÃO DOS AUTORES. UNÂNIME*

***Art. 246. Impedir o responsável ou funcionário de entidade de atendimento o exercício dos direitos constantes nos incisos II, III, VII, VIII e XI do art. 124 desta Lei:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.***

---

### **1 - Conceito de responsável:**

O responsável pela entidade de atendimento é o diretor da unidade de internação ou semiliberdade, uma vez que se trata do superior imediato responsável pela gestão da entidade de atendimento. Apenas em casos excepcionais poderá ser o seu superior hierárquico imediato responsabilizado por uma das condutas previstas no artigo em comento.

### **2 - Outros responsáveis/ funcionários:**

O funcionário da entidade é aquele que está em contato direto com o adolescente e acaba interferindo de forma direta no seu cotidiano e em seu processo pedagógico.

No conceito de responsável podem ser incluídos, desde monitores que acompanham os adolescentes em suas atividades diárias, muitas vezes coordenando-as, até os responsáveis pela equipe interprofissional.

Qualquer um destes profissionais e funcionários pode ser responsabilizado pela infração administrativa.

### **3 - Entidade de atendimento:**

Por conta da definição legal, é possível afirmar que entidade de atendimento refere-se àquelas que atendem adolescentes em conflito com a lei em regime de privação de liberdade, sejam governamentais ou não governamentais.

Isso porque a infração administrativa refere-se expressamente aos direitos dos adolescentes privados de liberdade que estão dispostos o art. 124 do ECA<sup>148</sup>, e não

---

<sup>148</sup> Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

guarda relação com as entidades de acolhimento, responsáveis por crianças e adolescentes privados da convivência familiar.

As regras ainda podem ser relacionadas às normas estabelecidas no art. 94 do ECA<sup>149</sup>, o qual estabelece as obrigações das entidades que desenvolvam programas de

II - peticionar diretamente a qualquer autoridade – além de ter pleno acompanhamento processual e poder obter todas as informações que sejam relevantes ao deslinde e elucidação de seu caso, devendo contar, inclusive com a assistência da Defensoria Pública para o atendimento de seus direitos. Nessa linha de raciocínio, o adolescente privado de sua liberdade pode peticionar diretamente a toda e qualquer autoridade, desde que isso se mostre necessário para o atendimento de seu caso. Tal direito consiste como verdadeiro reflexo do direito constitucional de petição. Sua violação redundará na configuração da infração administrativa, ora em comento.

III - avistar-se reservadamente com seu defensor – na mesma esteira, conforme já adiantado, o adolescente privado de sua liberdade, desde que assim o tenha necessidade pode e deve se entrevistar reservadamente com o seu defensor para ser informado de seus direitos e para que possa questionar critérios e passar para ele informações importantes para o seu caso.

VII - receber visitas, ao menos, semanalmente – ao adolescente deve ser dada oportunidade de receber visitas, principalmente, de seus familiares como imperativo de fortalecimento dos vínculos familiares, além do que é inegável que a manutenção de seus vínculos com pessoas de seu meio colaboram para que o jovem possa superar o difícil momento de institucionalização e possa viabilizar a sua reinserção em seu meio social, tão logo termine de cumprir a medida segregadora, isso sem contar no grande estímulo que a possibilidade de tais visitas possa percutir de forma favorável ao jovem.

VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos – garantia de correspondência e a sua inviabilidade constitui garantias constitucionais. Nesse sentido, não basta apenas que ao jovem seja possível se corresponder com as pessoas de seu contato mais estreito, mas acima de tudo que essa correspondência seja protegida da destruição ou obstrução e que seja garantida de forma plena a colaborar com o período em que o adolescente está institucionalizado, em desenvolvimento do processo pedagógico, no âmbito da medida extrema.

IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal – não podemos nos esquecer que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é justamente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Desse modo, não pode o adolescente privado de sua liberdade ser afastado do mínimo necessário para que possa se manter em condições dignas de higiene e asseio pessoal e que possa se desenvolver de forma satisfatória, no interior da unidade de internação.

<sup>149</sup> Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

- I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;
  - II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
  - III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
  - IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;
  - V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;
  - VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;
  - VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
  - VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;
  - IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
  - X - propiciar escolarização e profissionalização;
  - XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;
  - XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;
  - XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
  - XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;
  - XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;
  - XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;
  - XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;
  - XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;
  - XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;
  - XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.
- § 1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programas de acolhimento institucional e familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- § 2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

internação, sendo dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, adotando medidas adequadas de contenção e segurança (art. 125 do ECA).

Nesse contexto, o Poder Público deve oferecer o mínimo necessário para que possa ser garantido o resguardo desse direito ao adolescente privado de sua liberdade, sob pena de responsabilidade.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Responsabilidade pelo adolescente internado**

*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE MENOR EM DELEGACIA DE POLICIA. INTERNAMENTO PROVISÓRIO IRREGULAR. ECA, ARTS. 125, 185 E 123 - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 37, § 6º E 5º, INC. XLIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER LEGAL DE PRESERVAR A INCOLUMIDADE DOS PRESOS. OMISSÃO. EVENTO MORTE POR HOMICÍDIO. NEXO CAUSAL PRESENTE. Indenizacao cabivel danos materiais em virtude do homicídio (art. 1537, inc. II, cod. Civil anterior). Pensiomamento de 2/3 do salario minimo devido desde o evento danoso ate a idade em que a vítima completaria 65 anos, com reducao em 2/3 a partir da data em que a vítima completaria 25 anos. Jurisprudencia dominante nos tribunais superiores. Dano material decorrente de morte de filho menor e presumido (SUMULA 491, STF). Dano moral fixado ao 'arbitrium boni viri'. Dispensavel a prova do sofrimento interior pela perda de um filho correção monetária Súmula 43, STJ juros moratorios Sumula 54, STJ. Honorarios advocaticios. Arbitração legal. Art. 20, §4º, vencida a fazenda estadual. Decisão mantida apelo desprovido. (TJPR. 2ª C. Cív. Ap. Cív. e Reex. Necess. nº 150527-3. Rel. Des. Bonejos Demchuk. J. em 26/05/2004). Ainda sobre a matéria, vide também o Decreto nº 6.231/2007, de 11/10/2007, que institui o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte - PPCAAM.*

### **Responsabilidade dos dirigentes**

*STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 494239 SP 2002/0164511-6*

*Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA*

*Julgamento: 16/05/2006*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 01/08/2006 p. 402*



*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FEBEM. IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA. CABIMENTO CONTRA DIRIGENTES DA ENTIDADE. PRECEDENTES.*

*1. As medidas punitivas previstas no ECA devem ser aplicadas apenas aos dirigentes da entidade ou a programa de atendimento irregular, em observância à necessidade de preservação das entidades de atendimento e à conseqüente manutenção do serviço assistencial oferecido a crianças e adolescentes. Precedentes.*

*2. Recurso especial provido.*

STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 555125 SP 2003/0125983-4

Relator(a): Ministro LUIZ FUX

Julgamento: 22/08/2005

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Publicação: DJ 12.09.2005 p. 209

*ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PENA DE MULTA E ADVERTÊNCIA DOS ARTS. 97 E 193, § 4º, DO ECA.*

*1. O art. 97 do ECA, ao elencar as medidas disciplinares, determina que são elas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem as obrigações constantes do art. 94 do Estatuto, enquanto o § 4º do art. 193 direciona aos dirigentes a multa e a advertência.*

*2. As medidas punitivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser aplicadas aos dirigentes responsáveis pelas irregularidades e não às entidades, sob pena de penalização da pessoa jurídica e dos seus beneficiários, os quais ficariam privados do serviço assistencial previsto na legislação.*

*3. Precedente (RESP 489.522, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19/08/2003) 4. Recurso especial provido*

#### **Artigo 247 -**

***Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou ao adolescente que se atribua a prática de ato infracional:***

---

***Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.***

***Parágrafo primeiro. Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer lustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.***

***Parágrafo segundo. Se o fato foi praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como a publicação do periódico até por dois números.***

---

## **1 - Fundamento:**

O artigo em comento tem como inspiração primeira a proteção da intimidade e da imagem de previsão constitucional (artigo 5º, X, Constituição Federal), devendo tal regra ser interpretada, especificamente, na área da infância e juventude. Para tanto, se fundamenta num dos pilares do Estado de Direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, Constituição Federal).

Por outro lado, refere o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu artigo 143<sup>150</sup>, cuida das disposições gerais sobre o acesso à justiça, prevê o resguardo ao direito à intimidade de crianças e adolescentes, vedando a publicação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Desse modo, expressamente, assegura o princípio do sigilo que deve nortear os procedimentos relativos à Infância e Juventude.

---

<sup>150</sup> Art. 143. E vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome. (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

Há que ser frisado que o presente dispositivo atende ao estabelecido nas regras de Beijing<sup>151</sup> acerca do assunto, especificamente pela proteção à intimidade de adolescentes privados de liberdade.

## 2 - Procedimentos:

Os procedimentos mencionados pelo dispositivo em análise estão referidos no ECA, sendo proibidas as publicações de dados que venham a revelar a identidade da criança ou do adolescente.

De maneira exemplificativa, como *procedimento policial*, pode-se mencionar o *auto de apreensão em flagrante pela prática do ato infracional* (artigo 173) ou o *boletim de ocorrência circunstanciado* (artigo 173, parágrafo único). Quanto aos *atos administrativos*, a *oitiva informal* prevista no artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente ou a *remissão* como forma de exclusão do processo (artigo 126). Já os *atos judiciais* referem-se àqueles inseridos no curso do *procedimento previsto para a apuração de ato infracional* atribuído ao adolescente, como a *audiência de apresentação* (artigo 184) ou a *remissão* como forma de suspensão ou extinção do processo (artigo 188).

## 3 - Sujeito passivo e conceitos referidos:

Como conceitos, *criança* é definida como a pessoa com até doze anos de idade incompletos e *adolescente*, dos doze aos dezoito anos incompletos (artigo 1º). *Ato infracional* é definido como sendo todo fato típico e antijurídico, considerado assim como *crime ou contravenção penal*, na legislação penal ordinária (artigo 103). Daí se infere que o artigo tutela apenas a intimidade de adolescentes e crianças que praticam ato infracional, apartando-se outras hipóteses, como notícias sobre acidentes, miserabilidade e abandono relacionados aos infantes.

## 4 - Tipo objetivo:

---

<sup>151</sup> Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude.

8. Proteção da intimidade

8.1 Para evitar que a publicidade indevida ou o processo de difamação prejudiquem os jovens, respeitar-se-á, em todas as etapas, seu direito à intimidade.

8.2 Em princípio, **não se publicará nenhuma informação que possa dar lugar à identificação de um jovem infrator** (grifo nosso).

Entende-se como *divulgar* o sentido de propalar, tornar público. Deve ser observado que não é qualquer divulgação que pode ser objeto da presente infração, mas apenas aquela veiculada por meio de comunicação, daí excluída a hipótese de processo criminal em que o imputável praticou o delito, em concurso com adolescente infrator, no qual são revelados dados identificadores deste. Nesses casos, o princípio da publicidade do processo e a supremacia do interesse público, na garantia do Estado Democrático de Direito, prevalecem sobre a intimidade dos infratores, máxime quando o único meio de comprovar os fatos, na *persecutio in juditio*, seja através do empréstimo de provas produzidas, no âmbito de procedimento oriundo da Justiça da Infância e Juventude.

Observe-se que o *caput* do artigo veda a divulgação do nome do infrator, sem fazer menção alguma acerca da divulgação de seus apelidos. Contudo, muito embora haja posicionamentos em sentido contrário, o melhor entendimento é no sentido de que se a alcunha for suficiente a identificar a criança ou o adolescente, aperfeiçoa-se a infração administrativa. Nesse mister, mostra-se sempre mais recomendável somente o uso das iniciais.

O parágrafo primeiro cuida da *divulgação de fotografias ou ilustrações* acerca do ato infracional que possam permitir a identificação da criança e do adolescente. Ressalte-se que a tendência que vem prevalecendo é a de que deve ser vedada a divulgação que permita a identificação indireta das crianças ou dos adolescentes, mesmo nas reportagens ou entrevistas em que são colocados de perfil ou com tarjas pretas nos olhos, quando ainda assim, torna-se possível a identificação dos infratores.

O parágrafo segundo estende a responsabilidade para os *órgãos de imprensa* ou *emissoras de rádio e televisão*. Os primeiros, por exclusão ao conceito dos últimos, devem ser compreendidos no conceito de imprensa escrita, compreendendo assim, jornais, revistas e periódicos. Caso o anonimato não permita a identificação do autor da matéria ou do idealizador do programa, quem deve responder pela infração administrativa é o responsável pelo estabelecimento.

Muito embora a Constituição Federal mencione que a exploração (artigo 21, XII, 'a', CF, com a redação dada pela EC nº 08/95) e a competência para legislar acerca de telecomunicações e radiodifusão seja de competência exclusiva da União (22, IV, CF), entende-se que a competência para apuração da aludida infração administrativa é, indubitavelmente, da Justiça da Infância e Juventude.

## 5 - Objetividade jurídica:

A *objetividade jurídica* do artigo comentado refere-se ao resguardo da imagem e identidade de crianças e adolescentes, cujos direitos e garantias estão previstos e assegurados no corpo do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 6 - Competência:

Quanto à *competência*, o artigo 148, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, expressamente, a Justiça da Infância e Juventude como competente para aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança e ao adolescente, conforme previsto no artigo 247, parágrafo 2º, uma vez que a “competência é natureza absoluta da vara menorista e não encontra restrições”<sup>152</sup> (ISHIDA, 2001).

## 7 – Da Adin 869-DF:

Ainda a respeito do presente parágrafo, deve ser consignado que a ADin 869-DF determinou o reconhecimento da *inconstitucionalidade* de sua parte final, no que se refere à apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números<sup>153</sup>.

Compreensível a postura por parte do Tribunal Excelso, na medida em que buscou compatibilizar a restrição prevista no dispositivo do Estatuto com a liberdade de imprensa, prevista no artigo 5º, IV e 220, *caput*, da Magna Carta. Isso porque, demonstra-se exagerada a suspensão por dois dias da atividade da emissora e do periódico por dois números, já que este fato implicaria o comprometimento de outras informações veiculadas por tais fontes ao público em geral.

Não se perca de vista o valioso papel desempenhado pela imprensa, do ponto de vista ideológico, na formação de opiniões e na informação dos mais diversos cidadãos, em nosso país. Contudo, em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a sanção prevista no parágrafo 2º, a despeito de demasiada, não possui o caráter de pena,

---

<sup>152</sup> ISHIDA, Valter Kenji, in, “Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência”, Editora Atlas, São Paulo, 2001, 3ª edição, página 230.

<sup>153</sup> Informativo STF, nº 156, de 06/08/1999, p. 1. No aludido julgamento, o Supremo Tribunal Federal acompanhou o voto do Ministro Ilmar Galvão, *no sentido de que o dispositivo restringe o direito ao exercício de atividade de comunicação e informação jornalística (CF, parágrafos 1º e 2º). Por diferente fundamento, os Ministros Sepúlveda Pertence, Sidney Sanches e Moreira Alves também julgaram procedente a ação por entenderem caracterizada a ofensa ao devido processo legal, visto que a sanção imposta tem natureza de pena, que não poderia ser imposta por procedimento administrativo.*

até mesmo porque não gera nenhum dos efeitos da aplicação desta, não induzindo reincidência do ponto de vista criminal. Ademais, como vem entendendo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça, todas as infrações administrativas prescrevem no prazo quinquenal, dada a sua natureza não penal.

Há que se ressaltar que a objetividade jurídica do presente dispositivo buscou proteger a imagem e identidade de crianças e adolescentes que, sendo pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, não podem correr o risco de ter sua imagem estigmatizada pela associação à prática de atos infracionais, o que prejudicaria sobremaneira o seu futuro e destino, no âmbito da comunidade em que estão inseridos.

Como ensina a boa doutrina Patrícia Ramos<sup>154</sup>:

*“A preocupação com a imagem e privacidade de crianças e adolescentes já constava do Código de Menores de 1927, bem como do Código de Menores de 1979. A proteção dos direitos à privacidade, à imagem e à intimidade estão previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. No dispositivo em exame, o bem jurídico tutelado é a proteção do sigilo que deve cercar a pessoa da criança ou adolescente a que é atribuído a prática de ato infracional, considerando os direitos acima mencionados e o estigma que causaria às crianças e adolescentes de sua exposição pública em razão da prática de ato infracional”.*

Ademais, seus direitos de personalidade devem ser interpretados sob o prisma da doutrina proteção integral. No confronto entre o resguardo da personalidade em contraposição ao direito de informação e a garantia da liberdade de expressão, o primeiro deve prevalecer. Se o Estado, a sociedade e a família são responsáveis pela salvaguarda dos direitos das crianças e adolescentes, não há dúvidas que a intimidade e a imagem destes devem prevalecer em atendimento ao princípio da proporcionalidade.

## **8 - Multa e indenização:**

Vale salientar que o desrespeito ao artigo pode ensejar não só o pagamento de multa administrativa, mas indenização por danos morais, destacando ainda a possibilidade de ajuizamento de ações cautelares para impedir a publicação da notícia ou do periódico com conteúdo contrário ao dispositivo 155.

## **9 - Legitimado:**

O legitimado para tais ações é o Ministério Público.

---

<sup>154</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 446.

<sup>155</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 450.

## 10 - Conselho Tutelar:

Não obstante a ausência de legitimidade do Conselho Tutelar, deve ser salientada a importante função a ele destinada pelo artigo 136, X do ECA no que se refere à fiscalização da veiculação de programas de rádio e televisão, devendo representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição Federal.

## JURISPRUDÊNCIA

### Divulgação - Ato infracional

*STJ - ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) - PICHANÇA - NOTÍCIA EM JORNAL ENVOLVENDO MENORES COMO AGENTES DE CONDUTAS ILÍCITAS - AUTORIZAÇÃO DO JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - INEXISTÊNCIA - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - LEI 8.069/90, ART. 247 - PRECEDENTES STJ - É vedado aos órgãos de comunicação social a divulgação total, ou parcial, de atos ou fatos denominados infracionais atribuídos a criança ou adolescente, sem a devida autorização do MM. Juiz da Infância e da Juventude- Sendo de conhecimento da imprensa a existência de representação da Curadora contra os menores, por danos ao patrimônio público, descabe a alegação de inocorrência de ato infracional a justificar a conduta do recorrente "A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e intimidade. Vedado, por isso, aos órgãos de comunicação social narrar fatos, denominados infracionais, de modo a identificá-los" (REsp. 55.168/RJ, DJ de 9.10.1995) - Recurso especial não conhecido (STJ. 2ª T. REsp 130731/SP; Recurso Especial 1997/0031486-3. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Publ. DJU 28.06.2004, p. 215).*

*TJRS - APELAÇÃO CÍVEL. ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIVULGAÇÃO DE INFRAÇÃO PRATICADA POR MENOR. JORNAL DE CIRCULAÇÃO LOCAL. Comprovada a infração aos artigos 143 e 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que constata-se que houve a divulgação de ato policial que diz respeito à adolescente a quem atribui a autoria de ato infracional, deve ser mantida a sentença. Apelo desprovido. Unânime. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70009209305, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: WALDA MARIA MELO PIERRO, JULGADO EM 18/08/2004).*

*TJSP - APELAÇÃO CÍVEL nº 64.724.0/2 MENOR – Infração administrativa – Divulgação em jornal de foto de adolescente envolvido em ato infracional, sem a obtenção prévia de ordem judicial – Representação do MP acolhida – Alegação de inexistência da pretensão punitiva pela interrupção da circulação do periódico, assim como pela extinção do “salário de referência”, índice utilizado como indexador da sanção pecuniária prevista na lei – Descabimento – Cessação da atividade que não põe fim às obrigações contraídas anteriormente pela empresa devedora – Pena de multa que deve ser calculada com base no último valor atribuído ao “salário de referência”,*

*com correção até a data do fato - Recurso provido em parte apenas para adequar o valor da sanção (TJ/SP - CÂMARA ESPECIAL – Relator: GENTIL LEITE – D.J.: 19/10/2000)*

*TJSP - APELAÇÃO N.º 67.113.0/6-00. Infração administrativa de jornal - art. 247 do ECA - Divulgação do nome do adolescente que conduzia veículo automotor e que se envolveu em acidente de trânsito - Hipótese legal de infração configurada - Recurso de apelação improvido (TJ/SP – Câmara Especial – Relator: Álvaro Lazzarini – D.J.: 14/12/2000).*

### **Divulgação apelido e residência – identificação indireta**

*TJRN - Processo: AC 1880 RN 2006.000188-0*

*Relator(a): Des<sup>a</sup>. Célia Smith*

*Julgamento: 08/05/2008*

*Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível*

*Parte(s):*

*Apelante: Editora O Diário S/A*

*Apelado: Ministério Público*

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATÉRIA JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO DE APELIDO E RESIDÊNCIA DE ADOLESCENTE ACUSADO DE PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ART. 247 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFIGURAÇÃO. PENA APLICADA CONDIZENTE COM A CIRCULAÇÃO DO PERIÓDICO. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.*

### **Identificação direta**

*STF - AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 281.010-5 (453) EMENTA: DIVULGAÇÃO, PELA IMPRENSA, DE NOTÍCIA SOBRE A CONDUTA INFRACIONAL DE ADOLESCENTE, COM A SUA CONSEQÜENTE IDENTIFICAÇÃO PESSOAL. LEI N° 8.069/90 (ART. 247, CAPUT, §§ 1º E 2º). INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, APURÁVEL EM PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO, INSTAURADO PERANTE O TRIBUNAL PE JUSTIÇA LOCAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CAUSA, PARA FINS DF RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESCABIMENTO DO APELO EXTREMO. AGRAVO IMPROVIDO - Por não se achar configurada a existência de “causa”, revela-se incabível a interposição de recurso extraordinário contra decisão, que, embora emanada de Tribunal judiciário competente, foi proferida em procedimento de caráter materialmente administrativo, instaurado com o objetivo de apurar infração*



*administrativa praticada por empresa que expirou atividade jornalística (Lei n° 8.069/90, art. 247, caput, §§ 1° e 2°). PROCED.: RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. D.J. 16/06/2000.*

**TJMG - APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - PUBLICAÇÃO IDENTIFICANDO MENOR POR SEU NOME - INFRAÇÃO À LEI - DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO - O dever de indenizar deve ser reconhecido quando a empresa jornalística e o jornalista não cumprem com o seu dever de verificar a veracidade e validade da notícia, publicando nome de menor em jornal. Apelação não provida (TJ/MG – Relator: ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE – D.J. 21/06/2005 – D.P. – 13/08/2005).**

### **Identificação indireta**

**TJMG - REPRESENTAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO - FOTOGRAFIA EM JORNAL - IDENTIFICAÇÃO INDIRETA DO MENOR - PENALIDADE ADMINISTRATIVA.** *Havendo comprovação nos autos de publicação pelo jornal de fotografias de menores, permitindo sua identificação indireta, impõe-se a procedência da representação ofertada pelo Ministério Público do Estado, com a conseqüente aplicação da penalidade contra o responsável pelo periódico (TJ/MG – Relator: MACIEL PEREIRA – D.J. 16/02/2006 – D.P. – 10/03/2006).*

**TJSP - MENOR – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA –** *Publicação de matéria jornalística com identificação de menores infratores através de iniciais inseridas no texto com fotografia onde não utilizados recurso dissimuladores – Infração ao artigo 247 do ECA – Multa bem aplicada – Recurso do Órgão Oficial Improvido. (TJ/SP- Câmara Especial - Apelação Civil 131.716.0/9-00 – Relator: FÁBIO QUADROS – D.J. 31/07/2006).*

**TJGO - MENORES. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIVULGAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS POR ADOLESCENTES. APELIDOS. FOTOGRAFIA.** *Não constitui infração administrativa a divulgação de apelidos de menores apontados como agentes de ato infracional, quando por si só não os identifica, por referir-se a proibição da norma sancionadora somente à divulgação dos nomes daqueles agentes. Jornal que publica fotografia de adolescentes nas mesmas condições, negligenciando quanto ao dever de preservar-lhes a identificação, comete a infração administrativa sancionada pelo § 1° do artigo 247, do ECA. A sanção do § 2°, do mencionado artigo, não objetiva eficacizar a pecuniária, mas agravar a punição, valoradas pelo julgador as circunstâncias de cometimento da infração. Recursos do Ministério Público e do sancionado improvidos. (Apelação Cível n.º 2-0/288, TJGO, Conselho Superior da Magistratura, 04.03.96, Rel. Des. João Canedo Machado)*

## Matéria apócrifa

**TJMG** - REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA - PROCESSUAL CIVIL - REPORTAGEM JORNALÍSTICA INEDITORIAL - APOCRIFIA - RESPONSABILIZAÇÃO DO GERENTE REGIONAL E EDITOR-GERAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - CRIANÇA E ADOLESCENTE - IMPUTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL - JORNAL - DIVULGAÇÃO DO FATO ESTAMPANDO O APELIDO E A FOTOGRAFIA, SEM TARJA PRETA NOS OLHOS - IDENTIFICAÇÃO DO MENOR - INADMISSIBILIDADE. 1. A apocrifia da matéria veiculada na parte ineditorial do jornal impõe ao apelante, em face de seu cargo (gerente regional e editor-geral), eventual responsabilidade decorrente da publicação, nos termos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967, art. 28, III). 2. Sua conduta inquinou-se pela mácula do abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, porquanto o jornal veiculou, sem autorização judicial, ato infracional, baseado em documento policial, com publicação de foto (sem tarja preta nos olhos) e do apelido do menor, que restou perfeitamente identificado. Infração administrativa configurada (ECA, arts. 143 e 247) (TJ/MG – Relator: NEPOMUCENO SILVA - D.J. 17/02/2005 - D.P. – 11/03/2005).

## Danos morais

**TJSP** - INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – IMPRENSA – Notícia de crônica policial envolvendo menor – Indicação do nome do adolescente – Inadmissibilidade – Direito Constitucional da liberdade de imprensa que está aquém do direito à privacidade do menor que ainda está em desenvolvimento e cujos interesses devem ser tutelados – Incidência do ECA, arts. 17, 18 e 143, parágrafo único – Indenização devida – Ação procedente em parte - Recurso provido para esse fim. (TJ/SP- Câmara Especial - Apelação Civil 478.716.4/4-00 – Relator: MUNHOZ SOARES – D.J. 12/12/2006).

**TJMG** - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA FÍSICA - DEFERIMENTO - OFENSA À IMAGEM - DANO - CULPA - NEXO CAUSAL - COMPROVAÇÃO - ARBITRAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELO MAGISTRADO - EXTENSÃO DOS PREJUÍZOS - OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE. O pedido para a concessão da gratuidade de justiça nos termos da Lei 1.060/50, quando não realizado pela própria parte através de declaração anexada aos autos, poderá ser feito através de patrono constituído, sendo imprescindíveis os poderes especiais para tanto, sob pena de indeferimento. Para que seja caracterizado o direito à reparação de danos, devem concorrer os seguintes elementos caracterizadores da responsabilidade civil: o ato culposo do agente, a lesão causada e o nexo entre os dois primeiros. A fixação do valor pecuniário da indenização a título de danos morais deve ser realizada pelo Magistrado, levando-se em

*consideração as condições da vítima e a extensão dos prejuízos gerados (TJ/MG – Relator: FERNANDO CALDEIRA BRANDT – D.J. 29/03/2006 – D.P. – 12/05/2006).*

**TJMG - APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MENOR DE IDADE. MENÇÃO EM REPORTAGEM. ATO INFRACIONAL. DANO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.** *O instituto da responsabilidade civil subjetiva tem como pressupostos básicos três elementos fundamentais, quais sejam: a conduta ilícita do agente praticada por dolo ou culpa; o dano, como lesão provocada ao patrimônio ou à honra da vítima; e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente. Mencionar o nome de menor de idade, em reportagem que lhe atribui a autoria de ato infracional, configura conduta negligente, culposa, que contraria o disposto no art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, inexistindo a comprovação do dano moral que o autor alega ter sofrido, não há como se acolher o pleito indenizatório formulado (TJ/MG – Relator: IRMAR FERREIRA CAMPOS – D.J. 15/03/2007 – D.P. – 05/05/2007).*

### **Medida cautelar**

**STJ - PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR. TELEVISÃO. RESTRIÇÕES À SUA PROGRAMAÇÃO.** *Novela "Laços de Família". Proteção das Crianças e dos Adolescentes. I - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, visando a observância, pelas emissoras de televisão, dos interesses difusos protegidos pelos preceitos constantes do art. 221 da Lei Maior. II - A liberdade de produção e programação das emissoras de televisão não é absoluta e sofre restrições, entre outras, para observância do direito ao respeito da criança e dos adolescentes, constituindo dever da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. III - Medida liminar indeferida, porquanto não atendidos os pressupostos para a sua concessão. STJ, MEDIDA CAUTELAR Nº 3.339 - RIO DE JANEIRO (2000/0132945-6), Data de julgamento: 29/11/2000, RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO*

### **Artigo 248 -**

***Art. 248. Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável:***

---

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.***

---

### **1 - Sujeito Ativo:**

A infração em questão prevê uma conduta fracionada, relacionada a agentes diversos. Em primeiro lugar, a pessoa para a qual é confiada a guarda de adolescente pelos pais ou responsáveis, com o objetivo de efetuar a prestação de serviço doméstico. Outro responsável pela infração é a pessoa que facilitou ou trouxe o adolescente de outra comarca.

Ocorre que, caso os pais confiem a guarda precária de seu filho a terceiro com o fim de que ele pratique afazeres domésticos em outra comarca, incorrerão na infração administrativa relativa ao descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 249 do ECA).

Daí se poder afirmar que se trata de infração com sujeito ativo impróprio, uma vez que qualquer pessoa que venha a descumprir o prazo estabelecido pelo aludido dispositivo incorrerá na infração administrativa.

### **2- Autoridade judiciária/procedimento:**

O artigo é expresso ao exigir que o adolescente deva ser apresentado perante a autoridade judiciária para a regularização da guarda.

De acordo com a Lei 12.010/09, toda e qualquer manifestação que implique o afastamento de criança ou adolescente do convívio familiar deverá ser tomado a partir do devido *procedimento contraditório*. Logo, este deverá ser deflagrado pela pessoa à qual a guarda foi confiada pelo pai ou responsável, e no prazo estabelecido no artigo em comento, sob pena de incursão na infração administrativa.

### **3 – Regularização da guarda:**

Não obstante a questão da regularização da guarda, por esta envolver deveres de assistência, sustento e cuidado, deve ser avaliada com cautela por ter, nessas hipóteses,

outra finalidade, deslocando o adolescente para outra comarca, longe da convivência com sua família.

Nesse sentido, o procedimento judicial instaurado para a regularização de uma guarda visando ao fim descrito no presente dispositivo deve inspirar cuidado, especialmente pela avaliação do serviço técnico especializado acerca da relação que será desenvolvida entre o núcleo familiar e a atividade que será praticada pelo adolescente, sob pena de regularização, em vias transversas, da permissão de trabalhos forçados ou irregular por parte do adolescente.

#### **4 - Adolescente:**

O artigo apenas faz menção a adolescente, não fazendo nenhuma referência à criança, considerando que é vedada a realização de qualquer tipo de trabalho por adolescente com idade inferior a dezesseis anos de idade, de acordo com a EC nº 20/98<sup>156</sup>.

#### **5 - Serviço doméstico:**

Nessa mesma linha de raciocínio, deve ser observado que o serviço doméstico se relaciona com o desenvolvimento cotidiano de qualquer núcleo familiar. Sua natureza pode variar desde a realização de serviços braçais até ao empreendimento de atividades burocráticas derivadas do desenvolvimento da família.

A emenda constitucional nº 20/98 deixa claro que apenas os serviços prestados na qualidade de aprendiz por adolescentes, entre 14 e 16 anos, podem ser permitidos, não se enquadrando o conceito de serviço doméstico como qualificativo de atividade de aprendiz no referido período de idade. Outrossim, deve-se exigir que ocorra uma contraprestação de natureza pecuniária ao serviço prestado, com a rígida e necessária observância dos direitos trabalhistas.

#### **6 - Outra comarca:**

É necessário que o serviço seja prestado em outra comarca, uma vez que, caso a contratação ocorresse na comarca de origem do adolescente, não haveria necessidade de

---

<sup>156</sup> CF "Art. 7º.....

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

ajuizamento de ação de guarda, devendo o serviço de aprendizado ser prestado em horários compatíveis à atividade escolar, resguardando ao adolescente o direito ao convívio familiar.

#### **7 - Autorização dos pais ou responsáveis:**

Na prática, parece que, quando existe concordância, os pais geralmente desconhecem a finalidade do trabalho doméstico. Isso porque, parece pouco provável que seja concedida uma guarda judicial, mediante regular procedimento jurisdicionalizado e contraditório, no qual pais ou responsável concordem que o filho venha a prestar serviços de natureza doméstica em outra comarca.

No entanto, independentemente de eventual autorização, esta não desnatura o cometimento da conduta prevista na infração administrativa.

#### **8 - Despesas de retorno:**

A pena administrativa pode ser aplicada em dobro, com a previsão de reembolso das despesas de retorno do adolescente à sua comarca de origem, o que parece realmente necessário e obrigatório nesses casos.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Não regularização/trabalho doméstico**

*TJDF - Processo: 34725920088070001 DF 0003472-59.2008.807.*

*0001*

*Relator(a): LÉCIO RESENDE*

*Julgamento: 05/05/2010*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Cível*

*Publicação: 18/05/2010, DJ-e Pág. 61*

*APELAÇÃO. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. REPRESENTAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO AO ART. 248 DO ECA. ADOLESCENTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DOMÉSTICO. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. RECURSO DESPROVIDO. O art. 197 do ECA dispõe de uma "faculdade" do magistrado em*

*designar audiência, podendo, por outro lado, decidir o feito com base nas provas constantes dos autos. Restando demonstrado nos autos que a adolescente prestava serviço doméstico e que veio do estado do Maranhão para Brasília sem que fosse apresentada pela à autoridade judiciária com o fim de regularizar a sua guarda, devida é a imposição da pena de multa prevista no art. 248 do estatuto da criança e do adolescente.*

#### **Artigo 249 -**

***Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.***

---

#### **1- Sujeitos ativos:**

Via de regra, os sujeitos ativos são os responsáveis legais pela criança ou adolescente: os genitores, o guardião (de fato ou de direito, definitivo ou temporário) ou o tutor.

A figura do sujeito ativo nem sempre irá coincidir com a dos genitores, podendo ser este seu guardião legal, de fato ou pessoa que convive com um dos genitores, assim como qualquer pessoa inserida diretamente na célula familiar, que tenha relação de coabitação com a criança ou o adolescente. Não se deve esquecer, ainda, que os responsáveis por entidade de acolhimento são equiparados a guardiões da criança ou do adolescente<sup>157</sup>.

A avaliação do sujeito ativo pode envolver também os pais, mesmo destituídos, pois apesar de extinguir deveres de guarda, persistem outros como os de alimentos,

---

<sup>157</sup> Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:.....

§ 1º O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

podendo ainda refletirem os deveres, e responsabilidades, em relação aos pais biológicos<sup>158</sup>, mesmo sem o devido registro.

## **2 - Guarda de fato:**

A controvérsia maior, no entanto, existe em relação ao guardião de fato. Esse tema, inicialmente, tem relação à tendência da doutrina em reconhecer a relação socioafetiva como essencial à caracterização das relações. Ademais, a proteção se relaciona com o exercício da guarda que, de fato, é exercida pela pessoa que tem esse papel, gerando efeitos. Nesse sentido, “são deveres que decorrem da guarda (inclusive da guarda de fato), o respeito aos direitos e garantias constitucionais e legais de crianças e adolescentes, previstos, entre outros, no art. 227 da Constituição Federal”<sup>159</sup> (RAMOS, 2010).

Essa figura pode ser avaliada em relação ao padrasto ou madrasta, companheiro ou companheira do genitor(a) biológico. A respeito, pode-se argumentar que esses vínculos, por decorrência do art. 1595 do CC, se constituem por afinidade, uma vez que cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo de afinidade, limitando-se aos descendentes, ascendentes e irmãos. A questão fulcral é que, embora não seja guarda formal/legal, “essa guarda exercida a título precário impõe os deveres de cuidado e atenção...A guarda de fato gera efeitos jurídicos” (RAMOS, 2010)<sup>160</sup>.

## **3- Sujeitos passivos:**

No caso de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, os sujeitos passivos imediatos serão as crianças e adolescentes, sendo sujeito passivo mediato o Estado. Nos casos de descumprimento de determinação de autoridade judiciária e do Conselho Tutelar serão estes os sujeitos passivos mediatos.

## **4- Dolo ou culpa:**

Quanto à ocorrência de dolo ou culpa, o elemento subjetivo é elementar da infração administrativa. Ou seja, tanto se caracteriza pelo exercício livre e consciente da vontade, como também pelo descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, tutela, guarda ou determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar.

---

<sup>158</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 469.

<sup>159</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 470.

<sup>160</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 471.



Note-se, que é preciso cautela na avaliação do elemento subjetivo pois, muitas vezes, as condutas praticadas pelos responsáveis, mormente aqueles inseridos em um meio permeado pela falta de conhecimento formal e pela miséria, não são cometidas de forma intencional, mas em decorrência da formação histórica e social dos responsáveis.

A doutrina entende que o tipo deve ser avaliado em relação à ocorrência de dolo ou culpa, servindo-se do direito penal para construção e avaliação desses conceitos. No aspecto doloso, podem-se destacar condutas como violência, seja física, psicológica ou sexual, matrícula em escola, abandono, oferecer substância entorpecente. Já em relação às culposas, caracterizam-se pelo comportamento negligente, imprudente “que deixe a criança ou adolescente exposto, indicando a falta do cuidado objetivo necessário exigível do responsável”<sup>161</sup> (RAMOS, 2010).

### **5- Deveres:**

Os deveres inerentes ao poder familiar relacionam-se com o sustento, guarda e educação, provendo os cuidados mínimos básicos para o desenvolvimento sadio, do ponto de vista físico, moral e psicológico das crianças e adolescentes. Os deveres decorrentes da guarda e da tutela devem ser encarados da mesma forma, uma vez que ambos os institutos – a guarda e a tutela – visam apenas substituir de forma momentânea o poder familiar: o primeiro instituto sem a necessidade de prévia suspensão ou destituição, enquanto o segundo instituto exige.

Todas as vezes que esses deveres não forem cumpridos, trazendo sofrimento, violações ou prejuízo à criança e ao adolescente, pode se caracterizar a conduta prevista no artigo 249 do ECA.

### **6- Determinação de autoridade judiciária:**

Qualquer determinação que advenha da atuação regular da autoridade judiciária no âmbito da infância e juventude, uma vez descumprida, pode dar ensejo à ocorrência da infração.

Qualquer determinação judicial que se destine ao adequado e regular desempenho do exercício do poder familiar ou do fortalecimento dos vínculos familiares pode dar ensejo à configuração da infração.

---

<sup>161</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. Cit., p. 476.

Atualmente, considerando a disposição do art. 153, § único do ECA, a exigir o procedimento contencioso para a aplicação de medidas aos pais ou responsáveis, devem as determinações eventualmente violadas, sim, serem avaliadas no contexto de um procedimento judicial específico.

Frise-se que essa avaliação quanto ao cumprimento ou não, e consequente responsabilização, não pode se dar de forma automática, havendo necessidade de instauração do devido procedimento, não cabendo sua deflagração de ofício pelo juiz.

### **7 - Conselho Tutelar:**

Conforme já salientado, este órgão colegiado, além de poder aplicar diretamente determinadas medidas de proteção, pode representar pela responsabilização do infrator em caso de descumprimento.

Desse modo, caso ocorra o descumprimento do determinado pelo Conselho Tutelar, este pode representar diretamente para a deflagração do procedimento de apuração, visando à aplicação da multa. Contudo, as decisões devem guardar relação com questões atinentes ao exercício do poder familiar, de guarda ou tutela.

### **8 – A infração administrativa como ação autônoma à destitutiva:**

Eventual representação por descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar não é necessariamente atrelada ao ajuizamento de ação judicial, seja de destituição do poder familiar, seja de revogação da guarda ou da tutela. A apuração da infração é autônoma.

A aplicação da multa administrativa visa, em um primeiro momento, uma forma de coerção para que os responsáveis deixem de incorrer em condutas incompatíveis ao exercício do seu múnus. A ideia da lei caminha no sentido da prevenção pelo temor do responsável quanto ao escalonamento de medidas mais graves, como a destituição do poder familiar, revogação da guarda e da tutela.

Contudo, eventual tramitação de uma dessas ações não tem o condão de obstar a representação para a aplicação da sanção administrativa.

Ademais, além de eventual representação por infração administrativa ou mesmo ação de destituição do poder familiar, a violação aos deveres inerentes ao poder familiar pode ensejar ajuizamento de ação visando à recomposição dos danos morais porventura

ocasionados à criança e ao adolescente em virtude da conduta imprópria adotada pelos pais ou responsáveis.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Abandono material e emocional**

*TJSP – Apelação Cível nº 0398797-89.2010.8.26.0000 – Acórdão*

*Recorrente: Clovis Alves*

*Recorrido: Ministério Público*

*Comarca: Vara da Infância e da Juventude de Americana*

*Data de julgamento: 28/03/2011.*

*Relatora: Des. Maria Olívia Alves*

*ARTIGO 249 DO ECA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR - Prova suficiente nesse sentido - Genitores negligentes em relação aos cuidados com os filhos - Situação de abandono material e emocional constante - Jovens abrigados, a pedido da genitora - Acolhimento que perdurou seis anos - Várias intervenções, orientações e encaminhados da equipe técnica do juízo e do Conselho Tutelar, sem sucesso - Conduta, aliás, justificadora da perda do poder familiar - Violação ao art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Substituição da multa por medida de prestação de serviços à comunidade - Ausência de previsão legal - Alteração, de ofício, da base de cálculo da pena pecuniária - Adequação à previsão legal - Não provimento do recurso.*

### **Educação dos filhos**

*TJSP – Apelação Cível nº 0507112-17.2010.8.26.0000 – Acórdão APELAÇÃO 990.10.507112-0.*

*COMARCA: LEME.*

*APTE. : SANDRA APARECIDA CIRILO MARTINS.*

*APDO.: PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE LEME.*

*Data de julgamento: 28/03/2011.*

*Relator: Des. Encinas Manfré*

*ARTIGO 249 DO ECA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONDOTA QUE SE SUBSUME À HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 249 DA LEI 8.069/1990. Genitora que, assim como o*

*genitor, deixou de zelar pela educação dos filhos. Crianças que não frequentavam as aulas e nem tampouco o denominado reforço escolar, conquanto advertida essa mãe a respeito das recorrentes faltas. Conduta omissiva que configura descumprimento de dever próprio do poder familiar. Procedência da representação. Frequência regular desses menores à escola no ano letivo de 2010 que não descaracteriza infração anterior. Desacolhimento ao alegado pela recorrente. Recurso improvido, portanto.*

### **Determinação do Conselho Tutelar**

*TJSP – Apelação Cível nº 0007248-95.2009.8.26.0650 – Acórdão*

*Recorrente: Neusa Noronha de Oliveira*

*Recorrido: Ministério Público*

*Comarca: 3ª Vara de Valinhos*

*Data de julgamento: 21/03/2011.*

*Relatora: Des. Maria Olívia Alves*

*ARTIGO 249 DO ECA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR E DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR - Inocorrência de cerceamento de defesa - Evasão escolar e envolvimento infracional do filho - Prova insuficiente para caracterização da infração - Laudo a indicar problemas emocionais do jovem, em função do afastamento da convivência paterna, pela separação dos pais - Ausência de evidência de conduta omissiva da genitora, dada a situação de rebeldia do filho e relacionamento conturbado com o pai do jovem - Comparecimento da mãe a todas as entrevistas psicossociais e busca por auxílio e orientação - Problemas de saúde - Depressão - Inexigibilidade de conduta diversa, diante da situação - Provimento do recurso.*

### **Determinação judicial**

*TJRS - EMENTA: ECA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. ART. 249. Não tendo os apelantes cumprido determinação judicial que consista em comprovar a realização de terapia familiar juntamente com as filhas adolescentes, mantém-se a sentença de procedência da representação que lhes aplicou a multa prevista no art. 249 do eca. Apelação desprovida. (SEGredo DE JUSTICA). FLS.4 (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70004821286, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 26/09/2002)*

*TJRS - EMENTA: ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA. PROVA DA CULPA DO*

*REPRESENTADO. Incorre nas penas do art. 249 do ECA aquele que não observa a imposição judiciária, representada por Portaria, de não permitir o ingresso de menores de 14 anos de idade em festa-baile. Culpabilidade demonstrada pela falta de cuidados para evitar a entrada de menor em baile. Pena aplicada corretamente, considerando os parâmetros mínimo e máximo previstos em lei. DESPROVERAM. UNÂNIME. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005408372, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 19/03/2003) (NLPM)*

## **Elemento subjetivo**

***TJSP - Apelação: APL 18648720118260099 SP 0001864-87.2011.8.26.0099***

*Relator(a): Presidente Da Seção De Direito Público*

*Julgamento: 26/09/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 28/09/2011*

***Ementa:*** *APELAÇÃO - Infração administrativa - Evasão escolar - Descaso com a matrícula obrigatória e frequência escolar não evidenciados - Elementos de convencimento insuficientes à caracterização da infração administrativa imputada - Exegese do artigo 249 do ECA - Aplicação da multa indevida - Recurso provido. A configuração da infração administrativa (art. 249 do ECA) por abandono intelectual de menor, demanda comprovação inequívoca do descaso dos genitores em relação à frequência e acompanhamento escolar do filho, não caracterizado quando determinada a evasão escolar por circunstâncias alheias ao exercício mesmo do poder familiar.*

***TJSP - Apelação: APL 208139620108260099 SP 0020813-96.2010.8.26.0099***

*Relator(a): Presidente da Seção de Direito Criminal*

*Julgamento: 26/09/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 06/10/2011*

***Ementa:*** *Representação. Violação de deveres inerentes ao poder familiar. Art. 249 do ECA. Exigência de dolo ou culpa para caracterização da infração administrativa. Inexistência de comprovação do elemento subjetivo do tipo. Improcedência da representação. Recurso provido.*

**Artigo 250 -**

*Art. 250. Hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável, ou sem autorização escrita desses ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congênere:*

*Pena – multa.*

*§ 1º Em caso de reincidência, sem prejuízo da pena de multa, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até 15 (quinze) dias.*

*§ 2º Se comprovada a reincidência em período inferior a 30 (trinta) dias, o estabelecimento será definitivamente fechado e terá sua licença cassada.*

---

**1- Sujeito ativo:**

A determinação do sujeito ativo da infração envolve tanto o proprietário do estabelecimento quanto também poderá gerar a responsabilidade subsidiária dos demais responsáveis como o gerente ou outro que esteja no momento nessa função<sup>162</sup>.

Independente da análise do caso concreto, que poderá trazer subsídio bastante para definir as responsabilidades específicas, o certo é que, pelo sistema da responsabilidade objetiva abraçado no âmbito das infrações administrativas, em tese, há a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade do proprietário do estabelecimento, ainda quando não haja elementos de que ele concorreu diretamente para a quebra da exigência contida na norma administrativa.

**2 - Sujeito passivo:**

Crianças (pessoas até os doze anos de idade) e adolescentes (pessoas com idade entre os doze e dezoito).

**3 - Tipo objetivo:**

---

<sup>162</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 478.

Hospedar significa dar guarida, dar pouso, acolhimento. Muito embora, em um primeiro momento, sugira a ideia de que haja a necessidade de pernoite da criança e do adolescente no estabelecimento, o certo é que para a configuração da infração basta que o acolhimento seja momentâneo. Do contrário, aquelas situações em que a criança e o adolescente são hospedados esporádica e periodicamente, apenas para a prática de atos sexuais, como por exemplo, não estariam albergadas pela hipótese da norma em questão, o que parece contrariar o fundamento da infração administrativa.

#### **4 - Desacompanhado dos pais ou responsável:**

Se as crianças e os adolescentes estiverem acompanhados de seus genitores não há necessidade de autorização especial em razão da responsabilidade legal.

Ainda que os pais ou responsáveis violem os direitos inerentes ao poder familiar ou venham a cometer abusos no interior dos aludidos estabelecimentos, a circunstância da hospedagem da criança ou do adolescente acompanhada de seus pais ou responsáveis não pode gerar a configuração da infração, nem responsabilidade ao proprietário ou seus prepostos.

#### **5 - Autorização escrita:**

Tal requisito deve ser analisado com a máxima cautela possível, uma vez que, no mais das vezes, a autorização escrita não poderá ser traduzida da fiel realidade, podendo consistir em verdadeiro embuste para a consecução da hospedagem da criança ou do adolescente no estabelecimento.

Insta considerar que, nos casos de excursões escolares e eventos desportivos coletivos para crianças ou adolescentes, a autorização escrita dos responsáveis basta para que se tenha a real ideia de que o estabelecimento está sendo utilizado somente para alojamento durante a duração do evento.

#### **6 - Autoridade Judiciária:**

Quando a hospedagem das crianças ou adolescentes no respectivo estabelecimento conte com autorização judicial não há dúvidas sobre a legitimidade da ação.

No mais das vezes, quando da realização de certames de beleza ou de eventos de natureza diversa envolvendo crianças e adolescentes, deve se postular no juízo da

Infância e juventude alvará judicial para autorização de hospedagem, bem como em relação à participação no evento (art. 149 do ECA).

#### **7 - Hotel, pensão, motel ou congênere:**

O conceito de hotel refere-se a estabelecimento de alojamento coletivo com estrutura adequada e aprovada pela EMBRATUR para o recebimento de hóspedes, em tese, em períodos mais elásticos.

Pensão sugere a ideia de um local de alojamento coletivo, contudo sem a devida estrutura de um hotel, no mais das vezes, com um viés até mesmo familiar para a acomodação dos hóspedes.

Motel remete à ideia de alojamento coletivo, no mais das vezes, situado em locais mais afastados do perímetro urbano e na beira de rodovias ou de vias marginais de larga circulação (no último caso, nas grandes cidades).

Deve se salientar, outrossim, que tal preocupação levou à disposição de congêneres, sem especificação do verdadeiro e real tipo de estabelecimento. Assim sendo, pousadas, estalagens, hospedarias, flats, entre outros, devem observar as mesmas regras previstas aos hotéis, motéis e pensões, sob pena de caracterizar infração administrativa.

#### **8 - Fechamento do estabelecimento:**

Além da multa prevista pela infração administrativa, há a previsão de fechamento do estabelecimento até quinze dias, em caso de reincidência.

Conforme anteriormente analisado, a previsão de tal sanção apenas ressalta o caráter administrativo da pena, bastando a responsabilização objetiva do proprietário do estabelecimento, uma vez que este não pode invocar o desconhecimento de que em seu estabelecimento foi levada a efeito a hospedagem de criança e de adolescente, sem a autorização dos pais ou responsáveis, ou judicial, para ilidir sua responsabilidade.

É de se frisar que, no caso de reincidência em período inferior a 30 (trinta dias), a sanção em espécie implicará fechamento definitivo do estabelecimento. Entende a



melhor doutrina que a interpretação desse prazo, exíguo, deve ser contada a partir da reabertura do estabelecimento anteriormente fechado pela decisão judicial<sup>163</sup>.

Especificamente em relação à multa, a lei 12.038/09 alterou a parte sancionatória com menção à multa sem especificar seu valor, deixando o critério de fixação ao prudente arbítrio do juiz de acordo com as circunstâncias e gravidade da infração.

### **9 - Relação com prostituição ou exploração sexual:**

Quando o estabelecimento esteja relacionado com uso habitual ou situações rotineiras de exploração sexual, deve ser avaliada, inclusive, a responsabilidade criminal do proprietário. As redes de exploração utilizam-se de hotéis e motéis e contam, na maioria dos casos, com a concordância, participação, conivência ou mesmo interesse dos proprietários.

Nessas hipóteses, os proprietários devem ser compreendidos como parte do processo de exploração sexual e incursos também nas sanções de natureza penal (arts. 244-A do ECA<sup>164</sup>) que envolvam prostituição ou exploração sexual ocorrida no estabelecimento. Aliás, os §§ 1º e 2º são expressos a respeito da responsabilidade do proprietário, gerente ou responsável e da cassação da licença de funcionamento.

### **10 - Dos casados ou em união estável:**

Quando os adolescentes sejam casados ou vivam em união estável, entende-se que não se caracteriza a infração. No primeiro caso, basta a prova material do casamento. Já em relação à união estável, exigem prova específica, como filhos em comum, p. ex., mas devem ser exigidas pelo estabelecimento previamente. No entanto, não se exclui a possibilidade de prova posterior da situação.

### **11 – Retenção de documentos:**

---

<sup>163</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado, MPPR, Curitiba, 2010, p. 312.

<sup>164</sup> Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: (Incluído pela Lei nº 9.975, de 23.6.2000)

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 9.975, de 23.6.2000)

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 9.975, de 23.6.2000)

A questão relativa à retenção de documentos, especialmente em motéis, em tese, não deve ocorrer, uma vez que, segundo a lei 5.553/68, constitui contravenção penal reter documentos pessoais dos frequentadores<sup>165</sup>.

## JURISPRUDÊNCIA

### Elementos suficientes

*TJSP Processo: APL 56149220108260306 SP 0005614-92.2010.8.26.0306*

*Relator(a): Martins Pinto*

*Julgamento: 24/10/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 25/10/2011*

*MENOR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. Multa imposta por hospedagem de menor em motel - Infração ao artigo 250 do ECA Preliminar de cerceamento de defesa por ausência de possibilidade de dilação probatória Inocorrência Elementos nos autos suficientes à formação da convicção do julgador por se tratar de matéria de direito Multa fixada em dois salários mínimos Multa, entretanto, que deve ser expressa em salários de referência Recurso parcialmente provido.*

### Exploração sexual

*STJ - HABEAS CORPUS. ART. 244-A, § 1.º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PACIENTE DENUNCIADO NA CONDIÇÃO DE PROPRIETÁRIO DE LOCAL UTILIZADO PARA A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENOR DE IDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ORDEM DENEGADA. 1. A inicial acusatória, fundada nos indícios de autoria constantes dos autos, demonstra de forma suficiente para a deflagração da ação penal que, em tese, o Paciente contribuía para o crime de exploração sexual de menor de idade, na condição de proprietário do hotel onde ocorria o crime, nos exatos termos do § 1.º do art. 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

---

<sup>165</sup> Lei 5.553/68. Art. 1º A nenhuma pessoa física, bem como a nenhuma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, é lícito reter qualquer documento de identificação pessoal, ainda que apresentado por fotocópia autenticada ou pública-forma, inclusive comprovante de quitação com o serviço militar, título de eleitor, carteira profissional, certidão de registro de nascimento, certidão de casamento, comprovante de naturalização e carteira de identidade de estrangeiro.

2. Acolher a alegação de que o denunciado não tinha ciência de que a adolescente se prostituía em seu estabelecimento demanda dilação probatória insuscetível de ser feita na via do habeas corpus. O exame da tese defensiva deve ser feito no momento próprio, pelo Juízo ordinário, após necessária instrução criminal contraditória.

3. Ordem denegada. Julgo prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar do writ.

(STJ. 5ª T. HC nº 94423/CE. Rel. Min. Laurita Vaz. J. em 21/05/2009. DJ 29/06/2009).

## **Artigo 251 -**

***Art. 251. Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta Lei:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.***

---

### **1- Referências:**

Para a análise dessa infração administrativa mister se faz analisar:

- 1) os artigos referidos no dispositivo;
- 2) a Resolução nº 74/09 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe acerca da possibilidade de viagem ao exterior de adolescentes e crianças desacompanhados de seus genitores e sem a necessidade de alvará judicial;
- 3) o parecer do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para análise de viagem das crianças e adolescentes em cruzeiros marítimos.

### **2 – Viagem para outra comarca**

***Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.***

***§ 1º A autorização não será exigida quando:***

- a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;***

*b) a criança estiver acompanhada:*

*1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco;*

*2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.*

*§ 2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos.*

De regra, nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhada dos pais ou responsável sem expressa autorização judicial. Tal cuidado deve ser observado na medida em que a viagem a outra comarca, sem o conhecimento do responsável, pode colocar em risco as crianças, decorrendo tal exigência da proteção integral a tais sujeitos de direitos.

### **2.1 - Comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana:**

Nesses casos, a proximidade e a ligação das comarcas não justificam seja expedido um alvará de autorização judicial para que seja empreendida a viagem, como p. ex., a viagem para criança que estuda em comarca vizinha ou contígua.

### **2.2 - Criança estiver acompanhada de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco:**

Devido à relação de parentesco entre os acompanhantes e a criança, dispensa-se maior formalidade desde que a relação de parentesco seja comprovada documentalmente.

### **2.3 - Criança acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável:**

Nesse caso é necessário que a criança esteja munida de documento com foto, identificadora de sua identidade e com a autorização dos genitores, com firma reconhecida, conferindo maior certeza à autorização lançada pelo responsável.

### **2.4 - Possibilidade de autoridade judiciária, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos:**

Desde que haja regularidade na necessidade de deslocamento da criança em viagens intermunicipais, possível que haja autorização judicial válida por dois anos. É o caso em que a criança, regularmente, vai visitar pais ou familiares em outra comarca, ou quando estuda em outro município que não contíguo à sua cidade. Nessas hipóteses, a razoabilidade recomenda que a autorização seja estendida para um período determinado, tornando-se desnecessária a renovação sistemática de pedidos judiciais para o atendimento de tais fins. Nesses casos, inclusive, é praxe que a autorização judicial especifique o destino da criança.

De acordo com a interpretação do aludido dispositivo, pode-se aferir que a restrição para viagem para fora da Comarca recai sobre a criança, não mencionando a regra protetiva a figura do adolescente.

### **3 – Viagem ao exterior**

*Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:*

*I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável;*

*II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.*

*Art. 85. Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.*

#### **3.1 - Dispensa de autorização judicial:**

Quando a criança ou adolescente esteja *acompanhado de ambos os pais ou responsável* não se presume razão ou motivo que possam impor a necessidade de autorização judicial para que possa ser empreendida a viagem ao exterior, independente de autorização judicial.

Na hipótese de viagem de criança e adolescente *na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida* também não é exigível autorização judicial. Quando o outro genitor ou responsável está ciente da viagem e a autoriza expressamente não há motivos para exigência de pedido judicial para obter qualquer suprimento. Note que a resolução 74 do CNJ, no art. 8º, não define o tipo de reconhecimento da firma, que pode tanto ser por autenticidade como por semelhança.

### 3.2 - Hipóteses de vedação:

Outra é a situação quanto à situação de *viagem ao exterior de criança ou adolescente em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior*. Nessa hipótese, o ECA proíbe a viagem da criança ou do adolescente ao exterior, sem prévia autorização judicial. A restrição se justifica na medida em que visa evitar que a criança ou adolescente passe a viver de forma irregular em outro país.

A proibição está em consonância com a impossibilidade de que a criança e o adolescente, ainda que em estágio de convivência na adoção internacional, não possam sair do país<sup>166</sup>, demonstrando assim a preocupação que norteia a matéria. Ademais, somente será autorizada viagem ao exterior em caso de adoção internacional, depois de transitada em julgado a sentença<sup>167</sup>.

### 3.3 - Resolução do CNJ:

A resolução CNJ nº 74 de 28 de abril de 2009 visou amenizar as exigências trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da matéria, justificando sua edição por: dificuldades enfrentadas pelas autoridades que exercem a entrada e saída de pessoas do território nacional; diversas e divergentes interpretações acerca da necessidade ou não de autorização o judicial, o que ensejava insegurança jurídica; necessidade de uniformização da interpretação dos dispositivos do ECA.

Assim, de acordo com referido documento, é *dispensável* a autorização judicial para que crianças ou adolescentes viajem ao exterior, nos casos em que: 1) embora sozinhos ou em companhia de terceiros maiores e capazes, estejam autorizados por ambos os genitores, ou pelos responsáveis, por documento escrito e com firma reconhecida; 2) com um dos genitores ou responsáveis, sendo nessa hipótese exigível a autorização do outro genitor, salvo autorização judicial; 3) sozinhos ou em companhia de terceiros maiores e capazes quando estiverem retornando para a sua residência no

---

<sup>166</sup> Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.....

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

<sup>167</sup> Art. 52. A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações: (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)....

§ 9º Transitada em julgado a decisão, a autoridade judiciária determinará a expedição de alvará com autorização de viagem, bem como para obtenção de passaporte, constando, obrigatoriamente, as características da criança ou adolescente adotado, como idade, cor, sexo, eventuais sinais ou traços peculiares, assim como foto recente e a aposição da impressão digital do seu polegar direito, instruindo o documento com cópia autenticada da decisão e certidão de trânsito em julgado. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

exterior, desde que autorizadas por seus pais ou responsáveis, residentes no exterior, mediante documento autêntico.

Apenas as hipóteses previstas nos itens 1 e 3 representam alguma inovação, uma vez que a hipótese prevista no item 2 já era expressamente prevista no ECA.

A Resolução deixa claro que a autorização seja deve ser feita com a assinatura dos genitores ou responsáveis, com firma reconhecida, e com documento em que haja fotografia copiada da criança e do adolescente, sendo uma das vias do documento retida pela autoridade da Polícia Federal.

### **3.4 - Parecer acerca de Cruzeiros Marítimos:**

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo emitiu *Parecer*, em 15 de dezembro de 2010, pelo qual orienta ser desnecessária a autorização judicial para que as crianças ou adolescentes viajem desacompanhadas de um dos seus pais, em cruzeiros marítimos nacionais<sup>168</sup>. No que se refere aos cruzeiros marítimos internacionais, a autorização para viagem deve seguir os moldes do que foi exposto na Resolução nº 74/09.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Adolescente sozinho – violação**

***TJRS - ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ADOLESCENTE QUE VIAJA SOZINHO PARA O EXTERIOR SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 84 E 251 DA LEI 8.069/90. APLICAÇÃO DE MULTA. Comprovada a transgressão às normas previstas no artigos 84 e 251 do Estatuto da Criança e do Adolescente está autorizada aplicação ao infrator da pena pecuniária prevista em lei, pois o transporte de criança ou adolescente, por qualquer meio, para o exterior será feito sem a devida autorização quando o menor viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro. A multa no valor de quinze salários de referência está adequada ao caso em tela, principalmente porque a agência de viagem agiu de má-fé ao apresentar um contrato social antigo, da época em que a empresa não realizava viagens ao exterior. Apelo improvido. (AC 700009690041 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL,***

---

<sup>168</sup> Coordenadoria da Infância e da Juventude - PROTOCOLO CIJ Nº 145944/10 – CRUZEIROS MARÍTIMOS – AUTORIZAÇÃO PARA VIAGEM NACIONAL – CRIANÇA ACOMPANHADA - DE UM DOS PAIS, OU ADOLESCENTE – DESNECESSIDADE – FIEL OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ECA – SUFICIÊNCIA. São Paulo, 15 de dezembro de 2010. (a) Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS, COORDENADOR DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 03/11/2004)

### **Criança sem autorização**

*STJ - RECURSO ESPECIAL – AUTO DE INFRAÇÃO – TRANSPORTE DE CRIANÇA ACOMPANHADA DE PESSOA MAIOR SEM EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO PAIS OU RESPONSÁVEL – PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – VALOR DA MULTA. 1. Segundo o art. 83, § 1º, "b", item 2 da Lei 8.069/90, não se exige autorização judicial quando a criança, viajando para fora da comarca onde reside (exceto comarca contígua ou na mesma região metropolitana), estiver acompanhada de pessoa maior expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável. 2. Quem transporta criança ou adolescente, por qualquer meio, sem observância dos arts. 83, 84 e 85 da Lei 8.069/90, está sujeita ao pagamento de multa de três a vinte salário de referência, nos termos do art. 251 do mesmo diploma legal. 3. A conduta tida por infracional consiste na permissão de que a criança viaje em desacordo com a lei e aperfeiçoa-se no momento do transporte, sendo totalmente desinfluyente a produção de qualquer prova posterior, o que não fará desaparecer o ilícito. 4. Multa parcimoniosamente fixada em dez salários mínimos que se mantém, pois sua redução poderá constituir-se em estímulo para que as empresas de transporte deixem de cumprir as normas de proteção à criança. 5. Recurso especial improvido. (STJ, REsp nº 649467, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06/12/2005, DJ 19/12/2005)*

### **Prescindibilidade de documento**

*STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1163663 SC 2009/0207274-7*

*RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS*

*RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA*

*RECORRIDO : AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA*

*ADVOGADO : CLEVER FERNANDO DORST E OUTRO (S)*

*Data de julgamento: 05/08/2010*

***EMENTA:** DIREITO ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - ART. 152 DO ECA - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA NORMA PROCESSUAL PERTINENTE - ART. 251 DO ECA - INFRAÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - SÚMULA 74/STJ - INAPLICABILIDADE - PRESCINDIBILIDADE DE CERTIDAO DE DOCUMENTO – RESPONSABILIZAÇÃO SOCIAL.*

*1. A aplicação subsidiária de norma processual deve guardar pertinência com a natureza da infração administrativa, no que concerne a regramento geral não previsto no próprio procedimento especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, exegese do art. 152 do ECA.*



2. Dentro do microsistema de proteção a crianças e adolescentes, as infrações administrativas não se apresentam com atributos de ordem jurisdicional, mas como punição administrativa do Poder Judiciário, no exercício de função atípica, derivada do poder de polícia. (In : Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006; ISHIDA, Válder Kenji).

3. "As infrações são de natureza administrativa e a pena estabelecida é de multa." (In: Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente", 10ª ed. Malheiros: São Paulo, p. 268; LIBERATI, Wilson Donizeti.)

4. A par da natureza administrativa da infração, ausentes os efeitos penais, é inaplicável a Súmula 74 do STJ: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do reu requer prova por documento hábil."

5. Diferentemente do sistema penal, a responsabilização nas sanções administrativas não busca reprimir o indivíduo em sua subjetividade, mas liga-se, no Estatuto da Criança e do Adolescente, à responsabilidade social que advém do Princípio da Proteção Integral.

6. A infração administrativa constante no art. 251 do ECA prescinde de certidões de nascimento ou documentos equivalentes.

7. Com base no conteúdo fático inscrito aos autos pelo Tribunal a quo, forçoso concluir que a permissão do ingresso de "R. da S. B. e D. da S. B., sem autorização judicial, e sem documentação que comprovasse o parentesco com as pessoas que as acompanhavam" é suficiente para a aplicação de multa sancionatória.

*Recurso especial provido.*

## Artigo 252 -

***Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.***

*Norma protetiva de referência: artigo 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>169</sup>*

---

<sup>169</sup> Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

### **1 - Sujeito ativo:**

É aquele responsável pelo empreendimento, obrigado a tornar o mais claro possível a natureza do espetáculo ou da diversão, propiciando que as crianças e adolescentes e seus responsáveis tenham conhecimento da vedação no que se refere ao seu acesso ao conteúdo do que será exposto. Tanto o responsável pelo estabelecimento, quanto o empresário responsável pelo espetáculo, considerando a responsabilidade de ambos como de natureza solidária<sup>170</sup>.

Há referência da doutrina no sentido de que, considerando o princípio de direito administrativo quanto à escolha daquele a ser punido, deve se optar pelo responsável principal e não pelo funcionário<sup>171</sup>.

Desse modo, mais uma vez, prestigia-se a responsabilidade objetiva, na medida em que, independente de quem esteja controlando o espetáculo ou a diversão no momento em que este é desenvolvido, quem os produz é o responsável no caso da omissão quanto ao detalhamento do seu conteúdo.

### **2 - Sujeito passivo:**

São as crianças e os adolescentes.

### **3 - Diversão ou espetáculo público:**

*Diversão* envolve a ideia de interação entre a plateia e os responsáveis pela exibição. Podem consistir em diversas modalidades, desde a possibilidade de participação em torneios desportivos até concursos de beleza. A natureza da diversão proposta deve ser compatível com o desenvolvimento psíquico e físico das crianças e adolescentes.

Já o *espetáculo* se refere à exposição ou demonstração efetuada por um profissional ou um artista a um público determinado, não implicando necessariamente a ideia de interação, muito embora nada impeça que esta possa ocorrer. Nesse sentido, a

---

<sup>170</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 486.

<sup>171</sup> ISHIDA, Valter Kenji, Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência, Atlas ed., p. 551.

infração administrativa visa impedir e vedar o acesso de crianças e adolescentes a espetáculos que não sejam apropriados ou compatíveis ao desenvolvimento das crianças e adolescentes.

#### **4 - Deixar de afixar:**

A conduta prevista para a configuração da infração é notadamente omissiva, na medida em que por ela responde quem deixa de afixar em local visível a advertência quanto à natureza e ao conteúdo do espetáculo. Pouco importa se a conduta foi dolosa ou culposa, dada a responsabilidade objetiva de o responsável observar a regra inserta na norma.

#### **5 - Tutela jurídica:**

Trata-se da *preservação da integridade psicológica e moral* das crianças e adolescentes que não pode ser ameaçada por espetáculos e diversões que venham a interferir negativamente em seu desenvolvimento. Tal ideia assenta-se na proteção integral, na prevenção e na prioridade absoluta. Nesse contexto, a finalidade é oferecer a informação adequada quanto ao conteúdo, não tendo qualquer aspecto de censura<sup>172</sup>.

#### **6 - Lugar visível e de fácil acesso:**

A afixação acerca da natureza e da faixa etária indicada deve ser visível e de fácil acesso à entrada do local de exibição, de forma a permitir que os responsáveis possam ter o controle quanto o seu acesso ao espetáculo e à diversão, impedindo que entre em contato com exibições que possam comprometer a sua formação.

#### **7 - Informação destacada sobre a natureza da diversão ou do espetáculo:**

Além de ser fixada em local visível e de fácil acesso, deve ser frisada e assinalada veementemente a *natureza da diversão ou do espetáculo*, ressaltando, por exemplo, se há cenas de violência, sexo ou outras atitudes que possam causar prejuízos à formação.

#### **8 - Faixa etária especificada no certificado de classificação – Portaria 1.100/06 do Ministério da Justiça**

---

<sup>172</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 487.

A *classificação indicativa* empreendida pelo Ministério da Justiça possui natureza informativa e pedagógica, voltada para a promoção dos interesses de crianças e adolescentes, possibilitando o conhecimento de todos os destinatários da recomendação.

O Ministério da Justiça realiza diretamente a classificação indicativa das seguintes diversões públicas relacionadas a cinema, vídeo, DVD e congêneres; jogos eletrônicos e de interpretação (RPG).

Contudo, não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo pelo Ministério da Justiça as *diversões públicas exibidas* ou realizadas *ao vivo*, tais como: espetáculos circenses; espetáculos teatrais; shows musicais; outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público.

Desse modo, o produtor ou responsável pelas diversões públicas deverá indicar os limites de idade a que não se recomendem, seguindo os parâmetros estabelecidos no Manual de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça, aprovado pela Portaria nº 8, de 6 de julho de 2006, da Secretaria Nacional de Justiça, segundo critérios de sexo e violência ali descritos.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Não especificação faixa etária**

*TJRO - Apelação Cível/ECA: AC 10001220060034749 RO*

*Relator(a): Desembargador Gabriel Marques de Carvalho*

*Julgamento: 04/09/2007*

*Parte(s):*

*Apelante : Centro de Tradições Gaúcha Saudades da Querência*

*Advogado : Maycon Cristian Pinho (OAB/RO 2.030)*

*Apelado : Ministério Público do Estado de Rondônia*

*Estatuto da Criança e do Adolescente. Não especificação da faixa etária permitida no estabelecimento. Infração administrativa. É dever do estabelecimento comercial zelar pelo cumprimento e pela fiscalização das normas do Estatuto da Criança e Adolescente, assim, não tendo o responsável pela diversão afixado em lugar visível e de fácil acesso informação destacada sobre a faixa etária permitida no estabelecimento,*

*deve ser condenado ao pagamento de multa por infringência ao disposto no art. 252 do ECA.*

### **Caracterização**

*TJMG: 103130518172910011 MG 1.0313.05.181729-1/001(1)*

*Relator(a): ALVIM SOARES*

*Julgamento: 27/05/2008*

*Publicação: 24/06/2008*

*ESTATUTO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE - INFRAÇÃO - ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES EM FESTA - ART. 252 DO ECA - FIXAÇÃO DA MULTA.*

*"A presença de menores em shows onde há exploração de venda de bebidas alcoólicas sem o devido alvará permissivo, constitui infração ao artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ensejando a aplicação das sanções contidas no artigo 258 do mesmo diploma legal".*

*TJDF - APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE: APL 19836020038070001 DF*

*Relator(a): VERA ANDRIGHI*

*Julgamento: 31/01/2007*

*Órgão Julgador: 1ª Turma Cível*

*Publicação: 22/02/2007, DJU Pág. 144 Seção: 3*

*APELAÇÃO. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MENORES. EVENTO DANÇANTE. ALVARÁ.*

*I - PRATICAM AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NOS ARTS. 252 E 258 DO ECA O ORGANIZADOR DO EVENTO DANÇANTE E O RESPONSÁVEL PELO ESTABELECIMENTO QUE, ALÉM DE NÃO POSSUÍREM ALVARÁ, PERMITEM A ENTRADA DE MENORES DESACOMPANHADOS DE SEUS PAIS OU RESPONSÁVEIS, CONFORME PRECONIZA O ART. 149, INC. I, ALÍNEA B, DO ECA.*

*II - APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. UNÂNIME.*

**Artigo 253 -**

***Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.***

*Norma protetiva de referência: artigo 76 do ECA<sup>173</sup>.*

---

**1 - Sujeito ativo:**

Se refere a todo órgão envolvido com a divulgação das peças teatrais, filmes e espetáculos que deixe de indicar os limites de idade, independentemente da forma como é efetuado o anúncio – se por via impressa ou por meio de radiodifusão. Assim, a produtora, a radiodifusora ou a emissora serão responsáveis. Também são responsáveis as casas de espetáculos que apresentam a peça ou a representação, tendo em vista o disposto quanto à aplicação da multa que assinala a necessidade de aplicação, separadamente, à responsável pela divulgação e à responsável pela execução do espetáculo<sup>174</sup>.

Assim, mais uma vez encontra-se prestigiada a responsabilidade objetiva, na medida em que é responsabilizado o agente responsável pelo órgão que divulgou, ainda que seja outro funcionário ou preposto que tenha deixado de observar a regra de informação. Segundo a doutrina, basta a voluntariedade<sup>175</sup>.

**2 - Sujeito passivo:**

---

<sup>173</sup> Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infantil e juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

<sup>174</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página, 491.

<sup>175</sup> ISHIDA, Válter Kenji, op.cit., p. 554.

Crianças e adolescentes. Numa visão mais extensa, a própria coletividade pode ser considerada como atingida<sup>176</sup>.

### **3 - Anunciar:**

Ação de divulgar, propalar, tornar notória a existência da peça teatral, do filme, das representações e espetáculos. Contudo, muito embora seja esta uma conduta comissiva, envolve a inobservância da regra de indicar os limites de idade a que não se recomendem, conforme o critério estabelecido pelo Ministério da Justiça.

Logo, pouco importa, diante da responsabilidade objetiva do agente, se a conduta foi cometida de forma dolosa ou culposa, bastando a inobservância da cautela de informar os limites de idade.

### **4 - Tutela Jurídica:**

Além de tutelar a integridade moral e psicológica das crianças e adolescentes, é importante salientar que a norma se assenta no direito à informação que os responsáveis também têm de obter a classificação etária da produção, podendo inclusive questionar os critérios que a estabeleceram.

### **5 - Indicação dos limites de idade – classificação indicativa:**

O Ministério da Justiça realiza diretamente a classificação indicativa das produções cinematográficas, devendo a divulgação dos filmes atentar a essa prévia classificação.

Todavia, não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo pelo Ministério da Justiça as diversões públicas exibidas ou realizadas ao vivo, tais como os espetáculos teatrais e outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público. Nesses casos, o produtor ou responsável deverá indicar os limites de idade a que não se recomendem, seguindo os parâmetros estabelecidos no Manual de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça.

Com base nos critérios de violência e sexo, e obedecidos os parâmetros do Manual de Classificação Indicativa, as diversões públicas são classificadas como:

I - especialmente recomendada para crianças e adolescentes;

---

<sup>176</sup> ISHIDA, Válter Kenji, op.cit., p. 553.

- II - livre – para todo o público;
- III - não recomendada para menores de 10 (dez) anos;
- IV - não recomendada para menores de 12 (doze) anos;
- V - não recomendada para menores de 14 (quatorze) anos;
- VI - não recomendada para menores de 16 (dezesesseis) anos; e
- VII - não recomendada para menores de 18 (dezoito) anos.

## JURISPRUDÊNCIA

### Competência / legitimidade passiva do responsável

*STJ - Processo: REsp 621906 RJ 2003/0219304-8*

*Relator(a): Ministra DENISE ARRUDA*

*Julgamento: 19/03/2007*

*Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA*

*Publicação: DJ 23.04.2007 p. 231*

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ECA. ANÚNCIO DE EVENTO SEM INDICAÇÃO DOS LIMITES DE IDADE RECOMENDADOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA SEDE DA EMISSORA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RESPONSÁVEL PELA PRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO DO EVENTO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*

*1. A regra de competência prevista no art. 147, § 3º, do ECA, estabelece que em "caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede", hipótese configurada nos autos.*

*2. O sujeito ativo da infração administrativa prevista no art. 253 do ECA é aquele responsável pelo espetáculo e que não tomou as providências necessárias à indicação dos limites de idade quanto ao evento divulgado.*

*3. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp 704.971/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24.10.2005, p. 198; REsp 555.638/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.10.2005, p. 222; REsp 596.001/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 27.9.2004, p. 336.*

*4. Desprovimento do recurso especial*

*STJ - Processo: REsp 398119 RJ 2001/0147628-3*



*Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA*

*Julgamento: 03/04/2006*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 18.04.2006 p. 189*

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. ART. 458, INCISO II, DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. "BAILE FUNK". SÚMULA N.º 7/STJ. ANÚNCIO. ART. 253 DA LEI N. 8.069/90.*

*1. Não decididas as questões federais pela Corte de origem, inadmissível é o manejo de recurso especial, pois imperiosa a observância ao requisito do prequestionamento. São aplicáveis as Súmulas 211/STJ e 282/STF.*

*2. Inexiste nulidade no julgamento recorrido, porque a Corte de origem refutou, de forma clara, completa e segura, a preliminar aventada pela recorrente no recurso de apelação.*

*3. Conclusão distinta da perfilhada na instância de origem - sobre enquadra-se o "baile funk" no conceito de "representações" do art. 253 do ECA - demandaria revolver o suporte fático-probatório dos autos, providência vedada nesta instância especial, ante o teor da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".*

*4. "A cominação do artigo 253 da Lei 8.069/90 destina-se a quem anuncia, vale dizer: a quem divulga determinado espetáculo, não a quem redige o texto divulgado" (Primeira Turma, REsp n. 263.283/RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 15.12.03). 5. Recurso especial improvido*

## **Responsabilidade da casa espetáculo e órgão de divulgação**

*TJDF - APE: 32011420088070013 DF*

*Relator(a): J.J. COSTA CARVALHO*

*Julgamento: 04/05/2011*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Cível*

*Publicação: 11/05/2011, DJ-e Pág. 63*

*APELAÇÃO - VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - REPRESENTAÇÃO DO MPDFT - INFRAÇÃO AO ART. 253, DO ECA (LEI Nº 8.069/90)- ANÚNCIOS DE PEÇAS TEATRAIS OU ESPETÁCULOS - INDICAÇÃO DE LIMITE DE IDADE A QUE NÃO SE RECOMENDAM - RESPONSABILIDADE DA CASA DE ESPETÁCULO E DO ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO OU PUBLICIDADE - INFRAÇÃO NÃO*

CONFIGURADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO QUE DÁ NOME À CASA DE ESPETÁCULO.

1. NA DICÇÃO DO ARTIGO 253 DO ECA, SOMENTE A CASA DE ESPETÁCULO E OS ÓRGÃOS DE DIVULGAÇÃO OU PUBLICIDADE SERÃO RESPONSABILIZADOS PELO ANÚNCIO DE PEÇAS TEATRAIS, FILMES, OU QUAISQUER REPRESENTAÇÕES OU ESPETÁCULOS, SEM INDICAÇÃO DOS LIMITES DE IDADE A QUE NÃO SE RECOMENDEM. 2. "A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE SIMPLEMENTE DÁ NOME À CASA DE ESPETÁCULOS, NO INTUITO ÚNICO DE DIVULGAR SUA MARCA E LOGOMARCA, NÃO TEM RESPONSABILIDADE PELA VIOLAÇÃO DO DEVER DE DIVULGAR A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA DOS EVENTOS QUE LÁ OCORRERÃO." 3. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA.

### **Responsabilidade pelo exemplar e não por cada anúncio realizado**

TJDF - APE: 26766820088070001 DF

Relator(a): HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Julgamento: 26/08/2009

Órgão Julgador: 3ª Turma Cível

Publicação: 31/08/2009, DJ-e Pág. 73

PROCESSUAL CIVIL - VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - REPRESENTAÇÃO DO MPDFT - INTERESSE DE AGIR - CONFIGURAÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INFRAÇÃO AO ART. 253 - PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIOS DE FILMES, SHOWS, PEÇAS TEATRAIS EM PERIÓDICO EDITADO PELA REPRESENTADA SEM A INDICAÇÃO DO LIMITE DE IDADE - MULTA - FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL - SENTENÇA REFORMADA PARA QUE CADA EXEMPLAR PUBLICADO SEM A DIVULGAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO ETÁRIA SEJA CONSIDERADO UMA INFRAÇÃO AUTÔNOMA - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - OBSERVÂNCIA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. NA HIPÓTESE, RESTOU COMPROVADO QUE A PRESENTE REPRESENTAÇÃO FOI O ÚLTIMO RECURSO UTILIZADO PELO PARQUET PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DO ART. 253 DO ECA, O QUE AFASTA O ARGUMENTO DE QUE A INSTITUIÇÃO CARECERIA DE INTERESSE DE AGIR POIS O FIM COLIMADO PODERIA TER SIDO ALCANÇADO MEDIANTE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

2. COMPROVADA A INFRAÇÃO, PELA REPRESENTADA, DO DEVER DE INFORMAR OS LIMITES DE IDADE A QUE NÃO SE RECOMENDAM OS FILMES, SHOWS E PEÇAS TEATRAIS DIVULGADOS NO PERIÓDICO POR ELA EDITADO, IMPÕE-SE A APLICAÇÃO DA MULTA COMINADA PELO ART. 253 DA LEI Nº 8.069/90.

3. VIOLA O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE A SENTENÇA QUE CONSIDERA CADA ANÚNCIO VEICULADO PELA REPRESENTADA SEM A INDICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO ETÁRIA UMA INFRAÇÃO AUTÔNOMA, IMPONDO-SE A SUA REFORMA APENAS PARA DETERMINAR QUE CADA EXEMPLAR PUBLICADO SEJA CONSIDERADO UMA CONDUTA INFRACIONAL.

4. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

#### **Artigo 254 -**

***Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou aviso de sua classificação:***

***Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.***

***Norma protetiva de referência: artigo 76 do ECA<sup>177</sup>.***

---

#### **1 - Sujeito ativo:**

Os responsáveis pelas emissoras de rádio ou televisão, independentemente do artista ou locutor que empreendeu o espetáculo, assentando mais uma vez o conceito de responsabilidade objetiva norteador da matéria.

#### **2 - Sujeito passivo:**

O sujeito imediato – criança e adolescente – assim como a própria coletividade.

#### **3 - Transmitir:**

Consiste em tornar público o espetáculo, seja por ondas de rádio ou via satélite, no caso de televisão. Na verdade, consiste em exibir o espetáculo através destes meios de comunicação, tornando-os abertos e de conhecimento do público.

---

<sup>177</sup> Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

#### **4 - Tutela jurídica:**

O desenvolvimento moral e psíquico das crianças e adolescentes que pode ser obstado caso não seja observado o horário devido do programa ou o aviso acerca de seu conteúdo. O fundamento mediato está em que a transmissão em desacordo com o horário pode induzir em erro o responsável pelas crianças e adolescentes, na medida em que ele crê que, naquele horário ou em virtude do aviso inserto no programa, confia-se na emissora para que a criança ou adolescente possa presenciar o espetáculo.

#### **5 - Horário diverso do autorizado:**

Quanto ao horário, muito embora a Portaria 1.100/06 e o Manual de Classificação Indicativa sejam silentes a esse respeito, deve ser observado um critério de proporcionalidade do horário em que será transmitido o espetáculo, considerado como conteúdo inapropriado para o público infanto-juvenil, reservando-se os horários mais avançados para a transmissão dos espetáculos que tenham temática inadequada, como aqueles de conotação violenta ou sexual.

#### **6 - Ação civil pública**

Ao demais, o desencadeamento do processo para apuração de infração administrativa não impede que o Ministério Público intente ação civil pública para a suspensão liminar do programa, em horário impróprio e para a composição dos danos morais difusos. Nesse sentido, é importante referir excelente e robusta decisão do STJ em 2000 em relação à emissora de televisão, consoante segue transcrita:

*E M E N T A Processual Civil. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Medida Cautelar. Liminar. Televisão. Restrições à sua programação. Novela "Laços de Família". Proteção das Crianças e dos Adolescentes. I - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, visando a observância, pelas emissoras de televisão, dos interesses difusos protegidos pelos preceitos constantes do art. 221 da Lei Maior. II - A liberdade de produção e programação das emissoras de televisão não é absoluta e sofre restrições, entre outras, para observância do direito ao respeito da criança e dos adolescentes, constituindo dever da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. III - Medida liminar indeferida, porquanto não atendidos os pressupostos para a sua concessão. D E C I S Ã O O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra a TV GLOBO LTDA, com pedido de liminar, objetivando (fls. 62-63): "o imediato cumprimento do imperativo legal consubstanciado nos artigos 75 e 76 e parágrafo único da Lei Menorista, determinando-se à empresa-ré a obrigação de transmitir a novela LAÇOS DE FAMÍLIA no horário indicado pela Classificação Indicativa, ou seja, após às 21 horas com a classificação para maiores de*

14 anos sob pena de multa diária, que requer seja fixada em valor correspondente a 20 salários mínimos por cada dia de transmissão irregular da novela, revertendo o valor oportunamente ao Fundo gerido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos do art. 213, parágrafos 2º e 3º e 214 do aludido Diploma legal. 2. Sejam revogados os eventuais alvarás de participação de crianças e de adolescentes na novela LAÇOS DE FAMÍLIA e determinado à empresa ré a proibição da utilização das imagens, já gravadas, de crianças e de adolescentes, diante da inadequação da classificação etária e do horário da transmissão do espetáculo em questão e da ausência de alvará; 3. Seja determinado à empresa-ré a obrigação de não desgravar os capítulos já veiculados e os que irão ao ar nos próximos dias e meses, apresentando-os imediatamente a este Juízo, como prova antecipada." Concedida a liminar pelo MM Juiz de Direito da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro (fl.66), agravou a ré, pleiteando, liminarmente, fosse concedido efeito suspensivo ao seu recurso. O ilustre Desembargador Relator do feito indeferiu a liminar, o que ensejou agravo regimental, desprovido, por unanimidade, pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado. Inconformada, TV GLOBO, antes da publicação do aresto e, em consequência, antes da manifestação de recurso especial requereu a presente cautelar, em que pleiteia seja concedida liminar para suspender os efeitos da decisão a ser recorrida até o julgamento do recurso especial a ser interposto, bem como o regular processamento deste, suplantando-se a retenção prevista no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Passo a decidir. A concessão de liminar, objetivando a outorga de efeito suspensivo ativo a recurso especial, tem por pressupostos a aparência do bom direito e o perigo de dano decorrente da demora em solucionar a lide. Na espécie, o Ministério Público assim relatou os fatos e apresentou os fundamentos jurídicos da ação civil pública (fls. 56-62): "A empresa ré é a responsável pela gravação e a transmissão da novela denominada 'LAÇOS DE FAMÍLIA', no horário das 20:00 horas, de segunda-feira aos sábados. O Departamento de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça classificou o referido espetáculo como 'não recomendado para menores de 14 anos: inadequado para antes das 21:00 horas. (Doc. 01) A referida classificação baseou-se na sinopse apresentada pela emissora ré, para o exame e a classificação por aquele órgão federal, cuja atribuição está prevista no art. 74 da Lei 8069/90 c/c Portaria nº 796/2000. (Doc. 02). Ocorre que a referida empresa recorreu da classificação recebida e assumiu 'compromisso' de adequar as cenas que forem necessárias rigorosamente dentro dos padrões do horário das 20:00 horas. (DOC. 03). Não obstante o acordo firmado com o Departamento de Classificação Indicativa, a requerida vem veiculando a novela LAÇOS DE FAMÍLIA com cenas com insinuações de sexo, desvirtuamento de valores éticos e conflitos psicológicos, antes das 21:00 horas, o que vem sendo alvo de reiteradas reclamações junto ao Ministério da Justiça e de Recomendação do Parquet ao Departamento de Classificação Indicativa. (Doc. 04). Em consonância ao exposto, verifica-se pela sinopse que a novela exibida pela empresa ré evidencia conteúdo impróprio e inadequado para menores de 14 anos, ou seja, para o público infanto-juvenil, tendo em conta, principalmente, as cenas de grande tensão, violência e flagrante desrespeito aos valores éticos e morais da sociedade e da família. A empresa, por outro lado, vem reiteradamente desrespeitando as normas preventivas da Lei 8.069/90, bem como as estabelecidas na Portaria nº 03/99, ensejando por parte do Ministério Público, Recomendação, diversas Representações por infração administrativa e Ações Cíveis Públicas. (Doc. 05) Acrescente-se que, apesar disto, a empresa ré persiste em sua caminhada pela

*ilegalidade, extrapolando limites da moral e do bom-senso. De efeito, em 15 de junho de 2000, a ré veiculou na novela LAÇOS DE FAMÍLIA, cenas de uma pequena criança participando de intensa discussão entre os personagens adultos e a referida criança, muito assustada, chorava o tempo todo pela mãe. (Doc. 06). O parecer psicológico elaborado pelo competente Núcleo de Psicologia deste Juízo conclui que 'a criança foi exposta a situação de abuso psicológico, fato que coloca em risco seu desenvolvimento sadio.' E salienta o completo descaso da empresa-ré com o tratamento que é dispensado às crianças e aos adolescentes que participam de seus 'espetáculos': 'Apontamos também a situação de 'coisificação' da criança, que naquele momento teve seu choro utilizado como um objeto de cena, sem que suas reais necessidades fossem levadas em consideração.' (Doc.7). Por fim, como sempre, a ré não postulou alvará para a participação de criança e/ou adolescentes como figurantes ou personagens e, ainda, foi autuada por infringir o art. 254 da Lei 8069/90. (Doc.08). Embora os pais, no exercício do pátrio poder, devam orientar seus filhos quanto aos programas inadequados às suas faixas etárias, o aviso de classificação é OBRIGATÓRIO para que se faça a respectiva seleção do que é permitido para cada idade, até porque os genitores, no atual contexto da vida de uma cidade grande como o Rio de Janeiro, não estão em tempo integral em suas residências para efetuar tal controle. Inúmeras são as manifestações na área de psicologia infantil que apontam o excesso de violência e cenas de sexo na televisão como fatores influenciadores para a agressividade, desvio e abusos sexuais na infância e na juventude. Vale transcrever parte do parecer do consagrado Psiquiatra Infantil Haim Güspun (Assuntos de Família, S.P., Kairós Livraria Editora, 1984) mencionado no livro 'Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado', pág. 222/223: '... a televisão vem exercendo, cada vez mais, marcante influência sobre a imaginação, fantasia e comportamento da criança. Suas atitudes são freqüentemente passíveis de modificação sob a influência de filmes, novelas, programas variados, desde que se apresentem com uma linha mais ou menos constante de valores e padrões de comportamento: amor - sexo -agressividade - medo -terror..., suscitando reações emocionais.' As crianças e os adolescentes, como pessoas em desenvolvimento, não pode conceber a violência como algo banal e tampouco despertar a sexualidade prematuramente a idade que despertariam naturalmente. Os programas destinados ao público infanto-juvenil e demais direcionados à população em geral devem não só ser educativos, como também respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Pelo exposto, evidencia-se que a emissora-ré desrespeitou a classificação inicial do Ministério da Justiça e, posteriormente, descumpriu o 'acordo' firmado com aquele órgão, de adequar as cenas da novela à classificação livre, tentando ludibriar o Poder Público e o telespectador, em especial crianças que assistem a aquele espetáculo completamente inadequado para suas faixas etárias. DO DIREITO: Dispõe o art. 221, I e IV da Constituição Federal: 'A produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; ..... IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.' Preceitua o art. 75 da Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - in verbis: 'Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.' Por seu turno, estabelece o art. 76 do mesmo Diploma Legal que: 'As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.' E acrescenta o parágrafo único do referido artigo legal a seguinte advertência: 'Nenhum*

*espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.' A indigitada empresa, com frequência, apresenta programas proibidos para menores de idade, em horário destinado ao público infanto-juvenil, sendo acessível a qualquer pessoa, inclusive crianças e adolescentes, por não referir a classificação destinada. A veiculação desses tipos de programas ferem a dignidade do cidadão e dispositivos legais previstos na Lei 8069/90, art. 70 e 71 que estabelecem ser dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, os quais tem direito à informação que respeite sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tais normas refletem o preceito contido no art. 227 da Constituição Federal, que assegura à criança e ao adolescente o direito ao respeito e proclama ser dever da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Impor-se o cumprimento das obrigações constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, não constitui embaraço à liberdade da empresa, porquanto a medida reclamada não interfere na transmissão da novela, que continuará sendo livremente veiculada, no horário adequado. Cuida-se, portanto, de tutela específica, visando precipuamente a proteção da criança e do adolescente, considerando-se sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, refletindo o conteúdo de alguns programas, na forma como vêm sendo veiculados, negativamente no processo de formação da personalidade da população infanto-juvenil.*

*LEGITIMIDADE: A legitimação do Ministério Público para pugnar judicialmente pelos referidos direitos da criança e a do adolescente, também denominados transindividuais, decorre da Constituição. O artigo 227, caput dispõe competir ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda segundo a Constituição Federal, em seu art. 129, incisos II e III é dever do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, inclusive com o uso do inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos. Exsurge irrefutável destes dispositivos, bem como pelos artigos 201, V e 210, I da Lei 8069/90, a legitimação ativa do Ministério Público para a propositura da presente ação cujo interesse social até ultrapassa a categoria de crianças e adolescentes, para alcançar toda a sociedade, justificando ainda mais a atuação do Parquet, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 do ECA)." À vista do exposto, pediu a liminar, nos termos antes referidos, com apoio no art. 213, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, (fl. 62) "Diante da relevância do fundamento da demanda e considerando os sérios prejuízos impostos às crianças e adolescentes em decorrência da veiculação irregular da novela LAÇOS DE FAMÍLIA pela emissora-ré, não sendo aconselhável o aguardo de sentença final para o cumprimento da obrigação que resulta cristalina da Lei 8069/90, sob pena das conseqüências advindas da demora na prestação jurisdicional serem irreparáveis...". Diz a requerente que, no caso, o Tribunal a quo mal aplicou os arts. 527, II, e 538 do Código de Processo Civil, por entender presente lesão grave de difícil e incerta reparação, a indicar fosse deferido o pedido de suspensividade. Acrescenta que o afastamento das oito crianças, personagens-atores, irá afetar a credibilidade da trama, interferindo na própria novela, obra intelectual de criação do espírito e,*

principalmente, coletiva. Tece considerações sobre o prejuízo econômico irreversível que virá sofrer em razão da demora no andamento da causa. Sustenta a nulidade da decisão de primeiro grau, por ausência de demonstração e inexistência dos requisitos para a antecipação da tutela específica, alegando contrariedade aos arts. 212, § 1º e 213, § 1º, do ECA, e 273, I e II, §§ 1º e 2º, 461 e § 3º, do Código de Processo Civil. Nesse sentido argumenta (fls. 13-14): "42. A revelar, ainda mais, a existência de lesão grave de natureza irreparável e de difícil e incerta reparação, tem-se uma liminar que impõe uma multa diária de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), caso a Requerente exiba qualquer capítulo contendo cena com 'conotação sexual' ou com 'imagens de violência, doméstica ou urbana'. 43. Ocorre que, como se passa a demonstrar, a decisão agravada não indicou de maneira clara e precisa quais as cenas que estariam em desacordo com o horário fixado para exibição da novela, revelando quantum satis, que o eminente Juiz de primeiro grau cingiu-se a decidir a questão subjetivamente a partir de 'valores éticos e sociais da pessoa e da família', de todo inadmissível. 44. Ora, considerando, a título de ilustração, que a novela fique no ar por mais três meses (90 dias), a Requerente, mesmo cumprindo a determinação legal, pode ser obrigada a pagar uma multa equivalente a R\$ 6.300.000,00 (seis milhões e trezentos mil reais), bastando, para tanto, que o Ministério Público ou o juízo, a seu exclusivo critério e, até mesmo, sem qualquer fundamentação para tanto, considerem descumprida a liminar. 45. Por isso, a tutela específica de que se cuida coloca a Requerente no plano da absoluta incerteza e insegurança jurídica. Nesse ponto, era de mister que o Ministério Público e mesmo o Juízo de primeiro grau indicasse, de maneira clara e precisa, qual o eventual ilícito pretérito praticado pela Requerente, para a partir de então, postular o eventual ajuste do conteúdo do programa para as veiculações futuras. Disso, entretanto, não cuidaram o Ministério Público, muito menos a decisão de 1º grau. Sustenta, a seguir, que a tutela específica estabelecida no art. 213, § 1º, do ECA, foi reproduzida no art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, e nada mais é do que um gênero de antecipação de tutela, de que trata o art. 273 da citada Lei Adjetiva, salientando que, na forma do art. 212, § 1º do ECA, "aplicam-se às ações previstas neste capítulo as normas do Código de Processo Civil". Tece considerações sobre os requisitos a serem observados para a antecipação de tutela e afirma que, no caso, foram desatendidos. Diz, ainda, ter sido ofendido o art. 149, I, do ECA, por ser desnecessária a expedição de alvará para que menores, acompanhados dos pais ou responsáveis, participem das gravações levadas a efeito em estúdio de televisão. No tópico, investe-se contra portaria do Juizado de Menores, contendo essa exigência. Em prosseguimento, assevera (fl. 26): "102. Oportuno ainda salientar, que o MP não pode partir do pressuposto que está tutelando um universo de incapazes, desprotegidos em suas residências, pela suposta ausência de seus genitores (?). Nada mais utópico e descabido, considerando ainda que no horário em que é exibida a novela (após as 20 horas) os pais já retornaram do trabalho, admitindo-se a jornada usual de 08:00 às 18:00 hs. 103. Ademais, a liminar concedida irá indiscutivelmente refletir sobre todos os telespectadores (menores de idade ou não) que assistem a indigitada novela - e contivesse ela cenas impróprias, o que só se admite por amor ao argumento - é de ver-se que possuem um instrumento muito hábil para se defenderem de programas de televisão que contrariam em tese o disposto o ECA, qual seja, A FACULDADE DE MUDAR DE CANAL, PROPICIANDO A AUDIÊNCIA PARA OUTRA EMISSORA QUE, ENFIM, ATENDA O TELESPECTADOR. 104. Tudo isso, a revelar de maneira indvidiosa a ausência de fundamento relevante da pretensão e mesmo e,



principalmente, risco de inutilidade do provimento final. A seguir, insurge-se contra a legitimidade do Ministério Público para propor a ação, dizendo (fls. 26-27): "105. Importante destacar que a legitimidade do Ministério Público, para agir em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não alcança direito subjetivo, confira-se: 'A qualificação de agir conferida ao Ministério Público, em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não alcança direito subjetivo. (...) (TJSP. AC 196206-1/São Carlos. Rel.: Des. Francisco Casconi. 5ª Câmara Civil. Decisão: 11/11/93. JTJ/SP - LEX 152, p. 9)' 106. Partindo-se da premissa de que o Brasil, um país com mais de 160 milhões de habitantes, engloba as mais variadas classes sociais, políticas e religiosas, evidente que um programa de televisão não pode agradar a todos. 107. Muito menos se pode exigir que todos esses telespectadores, por conta de diferenças sociais, políticas e religiosas, compreendam o enredo do programa de uma mesma forma. 108. Em sendo assim, dado o alto grau de subjetividade que engloba a compreensão da novela pelos seus telespectadores, jamais o Ministério Público poderia estar legitimado para quaisquer providências, pois, efetivamente, representando aqueles que se sentem lesados com o conteúdo do programa, acabará por contrariar a maciça maioria que se sente gratificada com o mesmo." Por último, tece considerações sobre o "periculum in mora" e fala em "periculum in mora inverso" (fl. 30): "121. Com efeito, requereu e obteve o requerido, mesmo prescindindo de qualquer prova, liminar para proibir cenas que subjetivamente entende como violentas e inadequadas para o horário da noite, representando, como visto, em ato de inequívoca censura da programação da Requerente, impedindo-a de exercer uma de suas atividades fim que é entreter a coletividade com suas telenovelas". E mais adiante (fl. 31): "123. Ora, data maxima venia, não pode crer o Requerente que a r. decisão possa ser mantida, concedida 'as escâncaras', sem qualquer preocupação com o ônus que irá gerar para si, em decorrência dos investimentos por ela aplicados com a produção da respectiva novela- cuja sinopse, repita-se, foi aprovada pelo Ministério da justiça, e os ajustes da programação já foram efetivados. 124. Verifica-se, assim, ser inquestionável que está presente na hipótese o denominado periculum in mora inverso, sendo certo que, caso a decisão agravada venha a produzir efeitos, sofrerá a requerente prejuízos materiais de difícil e incerta reparação, e morais, estes sim irreparáveis, sujeitando-se a uma absurda e descabida censura prévia, como nos obscuros tempos do arbítrio e da ditadura. 125. Não se afigura admissível, fique a Requerente submetida a compreensão puramente subjetiva do Ministério Público acerca do conteúdo da novela." No contexto assinalado, cumpre examinar, em primeiro lugar, a admissibilidade do exame da cautelar requerida nesta Corte. A meu ver só deve ser admitida no caso de existir acórdão já publicado e recurso especial interposto. Com efeito, torna-se pouco razoável reformar uma decisão sem conhecer a sua fundamentação. De outra parte, não é aconselhável examinar-se a aparência do bom direito sem conhecer a viabilidade do recurso especial. Sem este, o requisito só pode ser examinado na suposição de que venha a ser interposto, o que não é de bom alvitre. Nesse caso, mais justificável seria que o Presidente do Tribunal, competente para o exame inicial da admissibilidade do especial, apreciasse a cautelar sub censura desta Corte. Todavia, enquanto a matéria não se define, o fato é que não se pode deixar de tutelar direito ameaçado, a fim de dar-se cumprimento ao texto constitucional (art. 5º, inciso XXXV). Até que isso aconteça, em caso excepcionais como o presente, é de admitir-se o exame da cautelar na consonância de precedentes deste Tribunal: "PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO

*INTERPOSTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - LIMINAR CONCEDIDA. I - Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não publicado o acórdão. A ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado. II - Defere-se efeito suspensivo a Especial quando, na concessão de liminar para tal, verifica-se que, dos fatos documentalmente comprovados e contidos nos autos da Cautelar, afiguram-se presentes os pressupostos 'fumus boni juris' e 'periculum in mora'. III - Liminar concedida e referendada pelo colegiado." (MC 835-SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma in 5/8/1997 e publicada no DJ de 27/10/1997); "PROCESSUAL. CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ART. 790 DO CPC. CONHECIMENTO. CONFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO, MAS AINDA EM PROCESSAMENTO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMUNICAÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. A só e só circunstância de ainda não ter sido lançado juízo sobre a admissibilidade ou não do recurso especial no Tribunal a quo, não é óbice para o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de comunicar efeito suspensivo ao apelo nobre. Pode-se conferir, em caráter absolutamente excepcional, efeito suspensivo a recurso especial para garantir a utilidade e a eficácia de uma decisão que nele possa ser favorável ao recorrente, desde que presentes os indispensáveis pressupostos do fumus boni juris e do periculum in mora. Medida cautelar conhecida e deferida." (MC 136-3 - SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Turma in 3/5/1995, Publicado no DJ de 29/5/1995); "Cautelar - Recurso Especial. Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não interposto ainda o especial, uma vez que não publicado o acórdão. a ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado." (MC 488 - PB, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma in 14/5/1996, Publicado no DJ de 19/8/1996). Quanto à legitimidade do Ministério Público, não tenho dúvida em afirmá-la, porquanto a observância pelas emissoras de televisão dos preceitos constantes do art. 221 da Lei Maior se inclui entre os interesses difusos. O art. 5º, caput, da lei nº 7.347, de 24.7.85, expressamente dá legitimidade ao Ministério Público para ajuizá-la. Ademais, no atinente aos fundamentos aduzidos, não vejo como acolhê-los num primeiro exame de plausibilidade, peculiar às caulelares, não se me afigurando presentes os pressupostos para o deferimento da medida. Diante dos textos infraconstitucionais em que se apóia estou convencido de que a requerente não tem a ampará-la a aparência do bom direito e muito menos se justifica a acolhida da alegação de dano irreparável ou de difícil reparação em seu desfavor. Com relação ao primeiro fundamento, procurarei examiná-lo detidamente para concluir pelo seu não acolhimento, por verificar que, ao contrário, está a proteger a pretensão do requerido. No tocante ao perigo da mora, há de ter-se em conta que, embora possa atingir requerente e requerido, a sua carga prejudicial é muito maior com relação aos direitos e interesses defendidos pelo requerido, que não são apenas de ordem econômica, mas de ordem pública com grande repercussão social. Assinalo que a questão relativa ao alvará assume pequena relevância diante dos temas maiores discutidos no feito, achando-se as decisões malsinadas razoavelmente fundamentadas no contexto dos autos. De ter-se em conta que a antecipação de tutela das obrigações de fazer e não fazer, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta peculiaridades em relação à prevista do art. 273 do Código de processo Civil. Lembra o ilustre Desembargador LUIZ FUX, em excelente monografia que escreveu sobre o tema, que, no caso, desaparece a interdição à concessão de tutela de efeitos irreversíveis, bem*

como o requisito da prova inequívoca, referindo-se o texto a "relevante fundamento da demanda" e "justificado ceio de inoperância do provimento final". (Tutela Antecipada e Locações, pág. 120). No tocante à relevância dos temas suscitados, especialmente o de fundo, relativo às restrições às emissoras de rádio e televisão, passo a examiná-los com apoio em respeitáveis juristas, com o intuito de afastar conceitos, freqüentemente divulgados com significação inadequada e, por isso mesmo, sem qualquer apoio no nosso sistema jurídico. É desse exame que, em última análise, se verificará que a aparência do bom direito não aflora em favor da requerente, mas, isso sim, do requerido, que obteve a liminar nas instâncias ordinárias. Com clareza e objetividade, o Professor José Carlos Barbosa Moreira, um dos mais insignes juristas brasileiros da atualidade, examinou a matéria em escrito intitulado "Ação Civil Pública e Programação da TV", do qual destaco estes trechos que se encaixam precisamente no caso concreto, afastando argumentos emocionais e sem embasamento jurídico, freqüentemente trazidos à tona com o propósito de afirmar-se estar em jogo a liberdade de imprensa, entendida como direito absoluto. Eis os textos (págs. 277 - 281): "I- Inteiramente ocioso ressaltar a importância que vem assumindo a televisão, por tantos e tão variados aspectos, na sociedade contemporânea. Sobre a influência que ela exerce, como agente não só formador de opinião, mas também modelador de costumes, existe abundante literatura. A relevância dessa atuação sobe, de ponto, de maneira particular, em países como o Brasil, população se compõe, em parte considerável, de analfabetos e semi-analfabetos, sem possibilidade, ou com possibilidade muito escassa, de acesso a outros meios de transmissão de conhecimentos e idéias. Segundo pesquisa recentemente divulgada pela imprensa, mais de 60% dos brasileiros encontram na televisão a única fonte habitual de informação. Ninguém ignora os perigos inerentes a semelhante situação. Invento tão admirável do ponto de vista técnico pode servir de veículo, indiferentemente, a mensagens suscetíveis das mais diversas valorações. Os extraordinários benefícios que a respectiva utilização é apta a proporcionar têm o contrapeso inevitável na óbvia aptidão, pelo menos equivalente, para prestar à comunidade desserviços e causar-lhe danos igualmente extraordinários. Trata-se, para nossa desgraça, de fenômeno rotineiro, que decerto não escapa ao mais desatento observador; isso torna dispensável a exemplificação. É fácil, assim, compreender que o ordenamento jurídico se empenhe em limitar, quanto possível, o alcance desse poder negativo e em prever remédios idôneos a neutralizá-lo sempre que ele se manifeste. 2. O problema não passou despercebido - nem se conceberia que passasse - ao legislador constituinte de 1988. Como era de esperar, enunciou-se o princípio geral em termos ostensivamente liberais: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" art. 5º, n IX, cuja parte final ecoa no art. 220, § 2º: "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística"). Julgou-se oportuno exorcizar fantasmas de um passado autoritário ainda próximo, que suscitava lembranças amargas. Cuidou-se, pois, de reiterar em tom solene, no início do capítulo dedicado à comunicação social, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofreriam restrição, sem deixar-se porém de ajustar a tal declaração de princípio significativa ressalva: "observado o disposto nesta Constituição" (art. 220, caput). Prosseguiu-se dizendo que nenhuma lei conteria dispositivo capaz de constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, mas ressaltando-se aqui também, expressis verbis, a observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, (art. 220, §

1º), isto é: a vedação do anonimato, o direito de resposta, a indenização "por dano material, moral ou à imagem", "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas", as exigências legais de qualificação profissional, o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão. Permitimo-nos averbar, de passagem, que a remissão não há de ser considerada exaustiva, evidente como é que o uso da "liberdade de informação jornalística" precisa respeitar de igual modo outros direitos constitucionalmente protegidos: para ficarmos num único exemplo, ela não autoriza o profissional da informação a publicar obra literária sem o consentimento do autor (art. 5º, n. XXVII). O sistema, logo se vê, não é tão rígido quanto sugere ao intérprete mais afoito uma leitura apressada do art. 5º, nº IX, e do art. 220, § 2º. Para dimensionar corretamente o complexo normativo, é mister atentar em todos os dispositivos pertinentes, sem esquecer as cláusulas de ressalva, e além disso confrontá-los e conjugá-los com outros textos, que denotam, no legislador constituinte, o propósito de orientar para fins positivos o exercício da liberdade consagrada no art. 5, nº IX, bem como o empenho em prevenir e reprimir abusos. Assim é que o art. 221 trata de fixar os princípios a que devem atender "a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão", nos termos seguintes: "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas" (n. I); "promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação" (n. II); regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei" (n. III); "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (n. IV). Tais preceitos vieram a receber concretização oportuna em mais de um texto da legislação infraconstitucional por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.90). Reza o 71 desse diploma: "A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" (grifamos). Em termos mais específicos, no que interessa ao presente trabalho, preceitua o art. 76, caput. "As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante-juvenil, programas com finalidades artísticas, culturais e informativas".

3. Consciente de que pouco valeria impor deveres e proibições sem, do mesmo passo, facultar aos interessados a iniciativa de promover a prevenção e a repressão de eventuais infrações, outorgou o legislador constituinte à lei federal competência para "estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" art. 220, § 3º, n. II grifamos). A rigor, semelhante possibilidade teria de reputar-se existente mesmo na ausência de regra desse teor: é intuitivo que não se poderiam, sem ofensa ao art. 5º, n. XXXV fechar as vias próprias à tutela dos interesses protegidos, no plano material, pelas normas a que acima se aludiu. Mas o fato de haver-se querido formular dispositivo especialmente consagrado ao tema evidencia uma particular - e saudável -preocupação com a necessidade de tomar efetivas as prescrições pertinentes. Inútil frisar que a "possibilidade de se defenderem" das infrações do art. 221, devidamente posta em realce no art. 220, § 3º, n. II, de modo algum pode resolver-se em inane recomendação de comportamento meramente negativo por parte dos interessados - v.g. abster-se de assistir a programas refratários à disciplina constitucional. A Lei Maior com certeza se pouparia o trabalho de abrir espaço ao assunto, se o seu exclusivo intuito fosse o de conferir a cada telespectador o direito de não ligar (ou de desligar) o aparelho, todas

as vezes que a programação fosse desrespeitar, ou estivesse desrespeitando, o art. 221. Para apertar (ou deixar de apertar) um botão com esse fim, é claro que ninguém precisa, nem jamais precisou, de autorização constitucional... Abstraindo-se, portanto, de outros aspectos do problema já no plano estritamente jurídico esbarra em óbice irremovível o entendimento segundo o qual a defesa adequada, na matéria, se traduziria pura e simplesmente na abstenção individual de contemplar a telinha ou mesmo no impedimento a que a contemple alguém sobre quem se exerça autoridade legítima (v.g., pátrio poder), bastante para justificar a intervenção. Sem sombra de dúvida, é de outra coisa que a Constituição cogita no art. 220, § 3º, n. II. Como a ninguém se permite, salvo casos excepcionais, fazer justiça pelas próprias mãos, essa outra coisa consistirá na provocação dos poderes públicos, a fim de que coibam as transgressões, aplicando às entidades responsáveis as sanções cabíveis. Não fica excluído, é claro, que qualquer interessado se dirija aos órgãos competentes da Administração Pública. Pode mostrar-se preferível, contudo, o recurso imediato ao Judiciário, como pode suceder que se decida recorrer a ele ante a inércia da instância administrativa, ou a ineficácia de sua atuação. O exercício do direito de ação está certamente incluído entre os "meios legais" de que fala o art. 220, § 3º, n. II. Refere-se o texto constitucional ao estabelecimento desses meios por uma "lei federal". A alguém talvez ocorra pensar que seria preciso aguardar a edição de diploma legal destinado à regulamentação do art. 220, § 3º, n. III. Enquanto isso não acontecesse, nada de concreto se poderia fazer para dar efetividade às respectivas disposições. Passamos a demonstrar a ironia de semelhante suposição. 4. O interesse (que o art. 220, § 3º, n. II, da Constituição visa a preservar) em defender-se "de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221" enquadra-se com justeza no conceito de interesse difuso. A tal locução, internacionalmente empregada na doutrina em sentido nem sempre unívoco, corresponde, agora no Brasil, definição legal, à semelhança do que se dá com a expressão interesse coletivo, que não raro aparecia na literatura para designar - junto com aquela outra, e de maneira promíscua, ou pelo menos sem diferenciação precisa - o tipo de interesses caracterizado, do ponto de vista subjetivo, pela permanência a uma série ao menos relativamente aberta de pessoas e, ao ângulo objetivo, pela unidade e indivisibilidade do respectivo objeto, com a conseqüência de que a satisfação de um titular não se concebe sem a concomitante satisfação de toda a série de interessados, e a lesão de um só é por força, ao mesmo tempo, lesão de todos. O conjunto desses interesses pode e costuma receber denominação genérica (transindividual, supraindividuais, metaindividuais) mas entre nós, de lege lata, as espécies do gênero tem cada qual seu próprio nome iuris em distinção terminológica que não é lícito desconsiderar. E mais adiante: "Se é certo, como se mostrou acima, que encontra lugar entre os interesses difusos o dirigido à observância, pelas emissoras de televisão, dos preceitos constantes do art. 221 da Lei Maior, segue-se, em lógica elementar, que a ação civil pública, disciplinada na Lei 7.347, é instrumento adequado à vinculação de semelhante interesse em juízo. Ela constitui, sem discussão possível, um dos "meios legais" que, de acordo com o art. 220, § 3º, n. III, devem garantir "à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações (...) que contrariem o disposto no art. 221"; isto é: que não deem a indispensável preeminência a "finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas", ou que não respeitem os "Valores éticos e sociais da pessoa e da família" para só nos referirmos aos princípios (que aqui mais nos interessam) dos incisos I e IV. Consoante o art. 5º, caput, da Lei 7.347, legitima-se à propositura da

*ação civil pública qualquer das seguintes entidades: Ministério Público, União, Estados e Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, e associações civis constituídas há mais de um ano, que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao interesse de que se cogita. No tocante a tais associações, "o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido" (art. 5º, § 4º). "E prossegue, examinando o tema a luz dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 284-287): "É oportuno registrar que, para o seu âmbito específico, traça o Estatuto da Criança e do Adolescente (editado já sob a Carta de 1988) disposições muito semelhantes às da Lei n. 7.347. O art. 201, n. V, por exemplo, habilita o Ministério Público a "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3, inc. II, da Constituição Federal" (note-se a ênfase dada ao assunto de que trata este trabalho). Concorre com a do Ministério Público, em matéria de interesses coletivos e difusos a legitimação da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios art. 210, n. II), e também a das "associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei" (art. 210, n. III). Falando o art. 1º da Lei 7.347 em "responsabilidade por danos", poderia supor-se que a ação civil pública só se prestasse a reclamar do infrator o ressarcimento de perdas e danos, expresso em condenação pecuniária. Nada mais falso. Basta ler o art. 3º: "A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Significa isso que, procedente o pedido, tem o órgão judicial a possibilidade de proibir a exibição do programa incompatível com a Constituição, e bem assim, em termos gerais, a de impor à emissora que adapte sua programação às diretrizes do art. 221. Atente-se, ao propósito, no art. 11 da Lei 7.347: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor" (cf. o art. 213 e seu § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Por outro lado, não há necessidade de aguardar a consumação do dano para ingressar em juízo: a ação é exercitável a título cautelar, com o fito de evitar que aquele se consume (arts. 4º e 5º, caput da Lei 7.347). Ademais, por força da remissão do art. 21 ao Título III do Código de Defesa do Consumidor, incidem as disposições do respectivo art. 84, de resto incorporadas recentemente ao Código de Processo Civil: 'pode o juiz, por exemplo, aplicar multa à emissora, ou determinar medidas como busca e apreensão ou impedimento da atividade nociva, inclusive mediante requisição de força policial (Lei 8.078, art. 84, §§ 4º e 5º).6. Convém prevenir aqui duas objeções. A primeira buscaria fundamento na idéia de que para muita gente é preferível, de fato, que não sejam cumpridas as normas jurídicas reguladoras da programação da TV. Não nos referimos, neste ponto, a pessoas que extraíam da violação algum benefício financeiro - além das próprias emissoras, por exemplo, os anunciantes de produtos ou serviços. Referimo-nos sim, a pessoas que, por uma ou por outra razão, sintam atração particular por programas aberrantes dos princípios insculpidos no art. 221 da Constituição - dentre os quais, como é notório, mais de um costuma atingir índices altíssimos nas pesquisas de instituições. Não falta quem deteste programas educativos e força é convir que*

*alguns deles parecem ordenados, de propósito ou não, a inculcar que educativo é sinônimo de enfadonho. Mais: todos ou quase todos temos com certeza um lado sádico, que se compraz na visão do sangue a jorrar em abundância de buracos abertos em corpos humanos por armas brancas ou de fogo; e um lado voyeur que procura saciar, na contemplação das seqüências mais ousadas de filmes "pornô" (ou de novelas "avançadinhas" a curiosidade insatisfeita - resíduo de uma infância mal resolvida - sobre as relações íntimas de nossos pais... Talvez seja maior do que se supõe o contingente daqueles cujo gosto se deixa modelar, com prazerosa submissão, por tendências do gênero. A semelhante coletividade poderia, então, atribuir-se um "interesse difuso" na exibição, reiterada ad nauseam de cenas violentas ou "cruas", ou pelo menos na predominância de programas a que seja alheia qualquer cogitação de ordem educativa, quando não na proscrição de todos os que porventura manifestem preocupações éticas ou pretensões culturais. Em termos genéricos, o problema é real e exige atenção. Caracteriza o campo dos interessados difusos, com efeito, uma como "bilateralidade" assinalada pelo fato de quem em dado momento e sob dadas circunstâncias, bem pode acontecer que entrem em conflito aberto dois interesses sustentados por extensas coletividades, e com referência a ambos haja boas razões para entender que fazem jus a proteção. Basta pensar, v.g. em estrada que se projeta abrir a fim de permitir o escoamento dos produtos de região ainda isolada, com justa expectativa de proveito econômico para a população local, mas com prejuízo para a mata cuja travessia, imposta pelo projeto, ameaça causar danos ecológicos de monta. Casos assim suscitam dificuldades nada desprezíveis, na medida em que reclamam, para decisão do conflito, a meticulosa ponderação de custos e benefícios, mercê da qual se logre assegurar, tanto quanto possível, o equilíbrio entre os sacrifícios acaso infligidos a cada um dos interesses. No assunto de que se trata, porém, a questão está resolvida a priori pela Constituição mesma, que, bem ou mal, optou, e cuja opção é vinculativa para a comunidade nacional. À vista do art. 221, há um tipo de interesse difuso julgado merecedor de tutela jurídica, à qual não pode aspirar, de seu lado, o interesse que se lhe contrapõe. Quem quiser dar pasto ao sadismo, ao voyeurismo ou à pura e simples "grossura" dispõe naturalmente da possibilidade de recorrer, dentro de certos limites, a outros meios, que não é este o lugar próprio para relacionar; não tem como exigir, todavia, que o satisfaçam por intermédio da telinha. Seria absurdo que o jurídico viesse a proteger, de alguma forma, pretensão avessa aos seus próprios ditames. 7. A outra objeção previsível usará como ponto de apoio a disposição constitucional que veda "toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística" art. 220, § 2º). Daí certamente quererá alguém tirar que não é lícito a autoridade alguma interferir na programação da TV, seja para proibir tal ou qual exibição, seja -de maneira mais geral - para forçá-la a obedecer a tais ou quais parâmetros, como os fixados no art. 221. Demonstra-se com facilidade a incorreção desse entendimento. Conforme oportunamente ressaltado (supra, n. 2), o § 2º, do art. 220 integra amplo conjunto de disposições atinentes, de modo direto ou indireto, à atividade dos meios de comunicação social. Para bem avaliar-lhe o significado e o alcance, é mister levar em conta todos os outros textos correlatos. Há séculos se sabe que "incivile est, nisi tota lege perspecta, una particula eius posita, iudicare vel responderi". Não é por acaso que o art. 220, caput, contém a expressa ressalva "observado o disposto nesta Constituição". Já se indicaram acima ilações óbvias dessa cláusula final. A liberdade de criação artística e de difusão de idéias e conhecimentos não é absoluta; obrigatoriamente há de respeitar outras liberdades e direitos também*

consagrados na Lei Maior. Aliás, nenhuma liberdade é, nem pode ser, absoluta: o ordenamento jurídico constitui, tem de constituir sempre, a expressão de um compromisso entre solicitações divergentes de proteção a valores suscetíveis de contrapor-se uns aos outros. A interpretação de qualquer lei, e com relevo particular a da Constituição, há de atender a essa contingência básica. Ora, uma vez que outras liberdades e direitos devem ser preservados, é forçoso admitir alguma sorte de controle sobre as transmissões eventualmente capazes de lesá-los. Se os órgãos administrativos têm limitado seu âmbito de ação, no particular, pela proibição da censura, cumpre assegurar aos titulares daquelas liberdades e direitos (e a outros legitimados por força de norma constitucional ou legal) a utilização de meios aptos à respectiva (e eficaz) defesa, toda vez que alguma liberdade ou direito protegido seja objeto de violação, atual ou iminente, imputável a qualquer transmissão pela TV. Semelhante possibilidade tem de conviver - e na verdade convive - no sistema constitucional brasileiro, com a vedação da censura, sem que a ninguém aproveite invocar esta vedação para contestar aquela possibilidade. Acrescente-se que isso se aplica indiferentemente aos direitos individuais e aos direitos coletivos a que a Carta de 1988 deu, em boa hora, tão grande realce." A final, mostra, com precisão o âmbito da atuação do Judiciário quanto ao tema (págs. 288-289): "8. Perguntar-se-á: qual é, nisso tudo, a função do juiz? Confiar-lhe o poder de decidir se a atividade da emissora contraria ou não os preceitos constitucionais do art. 221 e, no caso afirmativo, condenar aquela a abster-se da violação, ou a cessá-la, não será, afinal de contas, reintroduziu por via oblíqua algo que a Lei Maior pôs ênfase em vedar? Não se configuraria, em última análise, a mera substituição da censura administrativa pela censura judiciária? A essa indagação é fácil responder que a função do juiz, na matéria, não difere em substância da que ele é chamado a desempenhar sempre que se afirma estar ocorrendo (ou estar na iminência de ocorrer) ofensa a alguma posição subjetiva juridicamente protegida. O direito de ação é consagrado na Constituição (art. 5º, n. XXV); também o é, lógica e necessariamente, o dever de prestar jurisdição, correlato a tal direito. Não pode tolhê-lo, portanto, a proibição da censura. Sob pena de imputar-se à Carta da República palmar contradição, faz-se imperioso concluir que o exercício da função jurisdicional, no terreno de que se cuida, não constitui censura - conceito este que se tem de fixar levando em conta os dados do *ius positum* e não idéias vagas, toscas, mal lapidadas, porventura circulantes no universo extra-jurídico. Insista-se: para efeitos constitucionais, "censura" é, nada mais, nada menos, o que a Constituição, direta ou indiretamente, diz que é censura; e, se a Constituição, com absoluta clareza, legitima o recurso ao Judiciário em tema de programação da TV, ao mesmo tempo que veda a censura, então fica fora de dúvida que a interferência do Judiciário, nos termos expostos, não se acha compreendida na área conceptual correspondente, segundo a Lei Maior, à malsinada palavra. Inexiste outro modo de conciliar os dispositivos em foco. O art. 221 não define, nem seria de esperar que definisse, as expressões que lhe constam do texto. Não especifica, no inciso I, o que é necessário (e suficiente) exigir da programação para reputar satisfeito o requisito da "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas"; menos ainda estabelece o critério a ser aplicado para qualificar de "educativa" ou de "cultural", por exemplo, a finalidade deste ou daquele programa. Tampouco discrimina, no inciso IV os "valores éticos e sociais da pessoa e da família" que hão de ser respeitados. Isso de jeito algum impede ou perturba o conhecimento da matéria pelo órgão judicial. Trata-se de conceitos jurídicos indeterminados, a reclamar concretização caso a caso. Ora, essa é tarefa que



*entra no cotidiano do juiz, com a qual ele está bem familiarizado, e sem cujo exercício muito dificilmente lhe seria possível, até, processar e julgar a mais singela das causas. A cada instante, com efeito, deparam-se-lhe, nos textos que lhe compete aplicar, palavras e locuções de sentido tão pouco preciso quanto o das contidas no art. 221 da Lei Maior; e acontece com freqüência que para "encher" tais recipientes flexíveis tenha o órgão judicial de recorrer a noções valorativas. Fiquemos em três exemplos sugestivos: que quer dizer "mulher honesta" - no art. 215 do Código Penal? E "atos contrários à moral e aos bons costumes" no art. 395, n. III do Código Civil? E "lealdade e boa fé" no art. 14, do Código de Processo Civil? Se o juiz pode (rectius: deve) determinar o significado dessas expressões, toda vez que haja de dar ou negar aplicação aos dispositivos em que elas figuram, não há porque estranhar o fato de que lhe caiba proceder de igual maneira em relação aos dizeres do art. 221 da Constituição. Estranhável seria, isso sim, que se houvesse de deixar a determinação ao arbítrio das emissoras, isto é, dos próprios infratores potenciais ou atuais..." Dessa linha de entendimento, não destoa o eminente e respeitado jurista Ives Gandra Martins: "A lei federal deve estabelecer os critérios aptos a impedir que os meios de comunicação deteriorem os valores familiares e individuais. Deve estabelecer mecanismos legais viáveis para que a família e a pessoa não sejam corroídas por programas ou programações de rádio e televisão imorais ou indignificantes. Em outras palavras, os programas imorais de rádio e televisão não podem ser indistintamente veiculados, a título de liberdade de imprensa. Sempre que atinjam a pessoa e a família estão, de rigor, proibidos em horários de fácil acesso principalmente pela juventude. Dizer que cabe aos pais desligar os aparelhos é algo que beira lamentável cinismo, pois, em um país onde os pais são obrigados a trabalhar fora e os filhos, muitas vezes, ficam sós em casa, tal expediente é impossível. E o jovem sempre é atraído pelo que lhe é vedado, nos programas de rádio e televisão. Coloco, inclusive, nesse campo, as novelas levadas ao ar em horários familiares, quase todas elas contaminadas pelo pouco apreço à educação da juventude e a valores. Estabelecer meios legais, para mim, é estabelecer meios viáveis de supressão de tais programas dos horários familiares, lançando-os para os horários dos notívagos e dos boêmios, mais propensos a uma vida livre e não familiar e que serão pouco prejudicados por mensagens desestabilizadoras da família, que a maioria deles não cultiva. (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva/1998, Vol. 8º, págs. 821-823). Em publicação intitulada "Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República", o conceituado Professor Celso Ribeiro Bastos mostra que a própria Lei Maior estabelece restrições relativas à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, não havendo confundir essas restrições com a censura política que o constituinte buscou eliminar. Essas restrições não têm nenhum caráter autoritário, arbitrário ou antidemocrático, mas, ao contrário, visam a fazer valer direitos fundamentais, o que resulta em prol do fortalecimento da democracia, pois trata-se de um respeito a direito alheio. A propósito diz que: "Há, no entanto, restrições que só atingem a comunicação massiva. Estas vêm dispostas no capítulo que trata da comunicação social, em especial nos arts. 220 e 221. O primeiro atribui competência para a lei federal: 'I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada', e 'II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que*

*possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente". E, citando Ruy Azambuja, assevera: "Não se confunde liberdade de expressão com liberdade pornográfica. Nem é possível admitir-se um 'vale-tudo' em matéria de moralidade e costumes. (...) Há princípios e direitos que a Constituição proclama, assegura, e que reclamam a intervenção do Estado, no interesse da sociedade, exercendo um necessário controle, não apenas de alerta, mas também, em determinados casos, de proibição de programações e espetáculos que contrariem princípios ou afetem direitos indisponíveis ou obrigações irrecusáveis." Com essas reflexões, presentes os textos infraconstitucionais colacionados, estou convencido, num primeiro exame, de que a requerente não tem a ampará-la a aparência do bom direito. De outra parte, não há como reconhecer, a seu favor, o outro pressuposto para a concessão da cautelar: o perigo de dano irreparável. Isso porque este há de ser visto, também, sob o ângulo da coletividade, representada pelo Ministério Público. Seja como for, mesmo que se admita possa ser atingida por danos, principalmente econômicos, com o indeferimento da medida, não há como afastá-los em detrimento de danos irreversíveis que poderão atingir a coletividade. Entre o interesse público e o privado, há de optar-se pelo primeiro. Posto isso, em conclusão, indefiro a liminar. Comuniquem-se ao Presidente da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao MM Juiz de Direito da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital daquele Estado e a Promotora de Justiça autora da ação civil pública e aos advogados da requerente. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 29 de novembro de 2000 Publique-se. Intimem-se. Brasília, 29 de novembro de 2000 Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

#### **7 - Aviso de sua classificação:**

Conforme analisado, em tópico próprio, no artigo anterior.

#### **8 - Pena:**

Além da possibilidade de aplicação em dobro da multa, em caso de multirreincidência, a atividade da emissora de rádio ou televisão pode ser suspensa até dois dias.

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **Denúncia à lide (lei de imprensa) – impossibilidade**

*TJDF - Processo: APL 10271020048070001 DF*

*Relator(a): WALDIR LEÔNICIO C. LOPES JÚNIOR*

*Julgamento: 13/03/2006*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Cível*

*Publicação: 04/05/2006, DJU Pág. 84 Seção: 3*

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO SEM A PRÉVIA CLASSIFICAÇÃO PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.*

*1. A DENÚNCIAÇÃO À LIDE DA LEI DE IMPRENSA (ART. 50) NÃO SE APLICA AOS CASOS DE INFRAÇÃO AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADEMAIS, NÃO HÁ DIREITO DE REGRESSO A SER PRESERVADO CONTRA A DISTRIBUIDORA OU PRODUÇÃO DO PROGRAMA EXIBIDO E TIDO COMO IRREGULAR.*

*2. PROCEDE A REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA 45 TRANSMISSÕES DE PROGRAMAS SEM A PRÉVIA CLASSIFICAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE CLASSIFICAÇÃO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, EM OFENSA AO ART. 254 DO ECA.*

### **Legitimidade ativa da retransmissora**

*STJ - Processo: REsp 649292 RJ 2004/0041365-9*

*Relator(a): Ministro FRANCIULLI NETTO*

*Julgamento: 21/06/2005*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 22/08/2005 p. 215*

*RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, II; 458, II E 131, TODOS DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA DE CONEXÃO. TRANSMISSÃO DE FILME EM HORÁRIO IMPRÓPRIO, SEGUNDO PORTARIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DA RETRANSMISSORA. REVISÃO DO VALOR DA MULTA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ.*

*Afastada a alegada afronta aos artigos 131, 458, II, e 535, II, todos do CPC, uma vez que, consoante se verifica do v. acórdão impugnado, a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida. Quanto à alegada conexão, tampouco merece prosperar o recurso, uma vez que foram oferecidas várias representações contra a recorrente relativas a infrações distintas. Dessa forma, deve ser mantido o entendimento esposado pelo Tribunal Estadual, segundo o qual "inexiste conexão a determinar o simultâneo processo porque se trata de infrações cometidas em horários e programas diversos, sendo, portando, outra a 'causa petendi'" (fl. 61). Nos termos do artigo 147, § 3º, do ECA, é competente para a aplicação da penalidade a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede. Nesse sentido, independentemente de se tratar de geradora ou retransmissora de imagens, a sentença terá eficácia para todas. Dessa forma, como bem registrou o Ministério Público Federal, "não há nenhuma impropriedade em responsabilizar a recorrente pela transmissão de filme, ainda que a geração das imagens tenham emanado da TV SBT, Canal 4, de São Paulo" (fl. 196). Mais a mais, o artigo 254 do Estatuto da Criança e do*

*Adolescente prevê como infração administrativa o ato de "transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação". Dessarte, a recorrente, que transmitiu, "fora do horário recomendado para o público infanto-juvenil, o filme 'Os Últimos Durões', sem qualquer finalidade educativa, artística, cultural ou informativa" (fl. 74), é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente ação, independentemente da geração das imagens ter sido efetuada por outra empresa. Saliente-se, outrossim, que in casu não tem aplicação o artigo 149 do ECA, que cuida de Portaria do Juízo da Infância e da Juventude, pois a Portaria mencionada nos autos é do Ministério da Justiça, órgão competente para regulamentar as diversões e espetáculos públicos. Por fim, no que toca à pena prevista para a mencionada infração, dispõe o artigo 254 do ECA que será de "multa de vinte a cem salários de referência". Verifica-se, pois, que a instância ordinária fixou a multa nos termos da legislação aplicável à espécie, uma vez que condenou a recorrente ao pagamento de noventa salários mínimos. Reduzir o valor da pena demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável nesta instância extraordinária, a teor do que dispõe a Súmula 07 desta Corte. Recurso especial improvido.*

#### **Artigo 255 -**

***Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congênere classificado pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo:***

***Pena - multa de vinte a cem salários de referência; na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.***

***Norma protetiva de referência: artigo 76 do ECA.***

---

#### **1 - Sujeito ativo:**

Qualquer pessoa ou órgão que efetue a reprodução do filme, do trailer, da peça, da amostra ou congênere. O conceito de amostra imprime a ideia de uma sessão privada ou seleta reservada a um número pequeno de pessoas. Quanto à reprodução, pode ser empreendida por meio da rede mundial de computadores – internet – de forma a caracterizar a aludida infração administrativa, restando apenas a dificuldade na

identificação do responsável e a dimensão da reprodução para fins de fixação da competência material.

## **2 - Sujeito passivo:**

Crianças e adolescentes. Pode ainda ser considerado como sujeito passivo a própria sociedade, considerando o interesse difuso subjacente<sup>178</sup>.

## **3 - Exibir:**

Significa demonstrar, mostrar, transmitir, tornar público a terceiros, no caso, a pessoas protegidas, as imagens de conteúdo proibido ou não autorizado pelo órgão competente.

## **4 - Portaria nº 1.100/06:**

De acordo com a Portaria, o trailer, chamada e/ou congêneres referentes a diversões públicas, poderão ter classificação independente, devendo veicular a seguinte informação: "O Ministério da Justiça recomenda: Srs. Pais ou Responsáveis observem a classificação indicativa atribuída a cada diversão pública. Conversem com as crianças e adolescentes sobre as inadequações indicadas antes de exibir conteúdo impróprio à sua faixa etária".

Deverá, ainda, fornecer e veicular a informação e o símbolo identificador a ela atribuído na Classificação Indicativa, nos termos do Manual de Classificação, como se avaliará na próxima infração administrativa a ser comentada (art. 256).

## **5 - Do direito dos pais:**

Em decisão recente e de grande repercussão, o STJ entendeu o direito da liberdade de educação dos pais em relação aos filhos, mas que não pode ser irrestrito ou ilimitado. Ressaltou ainda o direito dos filhos como sujeitos protagonistas, tendo de ter respeitada sua individualidade, fundada no princípio da dignidade. Segundo a decisão, com o advento da Portaria 1.100/2006 do Ministério da Justiça, tendo a informação mais detalhada sobre o conteúdo e a classificação indicativa, cabe aos pais decidir sobre o acesso de seus filhos, tutelados ou curatelados, a obras ou espetáculos cuja classificação indicativa seja superior a sua faixa etária, mas não os permitiria acesso

---

<sup>178</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página, 495

àqueles cuja classificação seja proibida para menores de 18 anos, conforme segue transcrita:

*VOTO - RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.035 - RJ (2008/0143814-8)*

*A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):*

*Cinge-se a controvérsia a definir a legalidade da conduta de sociedade empresária que explora atividade de cinema e que retirou, de dentro da sala de exibição, o menor e seu pai que pretendiam assistir a filme não indicado para a idade daquele. I. Violação ao art. 535 do CPC.*

*Não se deve reconhecer qualquer violação ao art. 535 do CPC, pois o acórdão impugnado tratou de todos os temas relevantes para a solução da controvérsia, sem omissões, contradições ou obscuridade.*

*II. Dissídio jurisprudencial.*

*A recorrente traz como paradigma o RMS 20.446/MS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20/03/2006. Ocorre que, na formação do paradigma, foi essencial a análise do poder regulamentar conferido ao Juiz, em conformidade com o art. 149, I, do ECA, segundo o qual a autoridade judicial pode "disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: (...) e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão". Essa particularidade está ausente nesta hipótese, pois não há notícias nos autos sobre qualquer regulamentação do Poder Judiciário carioca sobre a questão. Diante da falta de similitude, o recurso especial não deve ser conhecido com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional.*

*III. Violação à Portaria 796, de 08.09.2000, do Ministério da Justiça.*

*O STJ vem asseverando que "o conceito de lei federal, para efeito de admissibilidade do recurso especial na jurisprudência assentada no STJ, compreende regras de caráter geral e abstrato, produzidas por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como o são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Resp 663.562, 2ª Turma, DJ de 07.11.05)" (REsp 853.627/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 07.04.2008).*

*Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, como a Portaria 796, de 08.09.2000, do Ministério da Justiça. Nesse ponto, o recurso especial não pode ser conhecido.*

*IV. O estrito cumprimento do dever legal (Violação aos arts. 188, I, do CC/02, 74, 75, 76, 255 e 258 do ECA).*

*A recorrente, desde sua contestação, argumenta que está sujeita a multas administrativas caso venha a exhibir filme classificado pelo órgão competente como inadequado à crianças ou adolescentes admitidos no espetáculo. Desde então, afirma que sua conduta está amparada pelos arts. 188, I, do CC/02, 74, 75, 76, 255 e 258 do ECA.*

*A sentença e o acórdão impugnado debateram profundamente o tema, fazendo menção expressa aos arts. 255 e 258 do ECA, embora concluam que não existe dispositivo legal impedindo qualquer pai de acompanhar seu filho em sessão cinematográfica. O tema encontra-se, portanto, suficientemente prequestionado.*

*Por outro lado, os fatos narrados na inicial são incontroversos. Discute-se apenas a exatidão das conseqüências jurídicas que deles se extraem. Assim, não se trata aqui de reexaminar provas ou fatos. Isto é o quanto basta para a admissão do recurso especial.*

#### *IV.1. Liberdade de educar.*

*Sabe-se que o poder familiar é, em regra, inerente à paternidade. Com base nesse poder, nos termos do art. 1.634 do CC/02, compete aos pais dirigir a criação e educação de seus filhos menores.*

*Esse poder pode ser visto sob dois ângulos no que diz respeito ao desenvolvimento físico, intelectual, moral e espiritual da criança e do adolescente. Em primeiro lugar, os genitores têm direito de conduzir a educação de seus filhos segundo os preceitos morais, religiosos, científicos e sociais que considerem adequados. Mas, para além de um direito dos pais, a educação dos filhos é um dever que a legislação impõe. O art. 205 da CF/88 estabelece, nesse sentido, que a educação é dever do Estado e da família, devendo visar ao pleno desenvolvimento da pessoa.*

*O que importa, de qualquer forma, é que esse poder-dever insere-se no contexto pluralista que rege toda a sociedade brasileira e ampara-se, mais especificamente, nas liberdades de pensamento, de expressão e de culto religioso. O ensino, diz-nos o art. 206 da CF/88, assenta-se sobre os princípios da "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" e do "pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas", entre outros.*

*O reconhecimento da liberdade de educação não significa admitir que ela seja irrestrita ou ilimitada. Conquanto os pais tenham o natural desejo de que seus filhos superem os mais variados limites e, de certa forma, realizem aquilo que nunca puderam ou que tiveram dificuldade de realizar, é certo que o filho menor tem suas próprias preferências e gostos. Os filhos não são meros objetos da educação, mas seus sujeitos protagonistas e, por isso, o processo de desenvolvimento deve respeitar-lhes a individualidade, dignificando-os. Assim, de forma genérica, pode-se dizer que o primeiro limite da liberdade educacional reconhecida aos pais é a dignidade dos filhos.*

*Descendo dos princípios às regras, pode-se verificar que todo o ordenamento jurídico está prenhe de hipóteses onde a liberdade educacional dos pais encontra-se limitada. A título de castigo, por exemplo, os pais jamais poderão submeter seus filhos a "tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor" (art. 18 do ECA). Os pais ou responsáveis "têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino" (art. 55 do ECA), valendo lembrar que configura crime de abandono intelectual "deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar" (art. 246 do CP). Mais especificamente, vale lembrar que também é criminosa a conduta dos pais que autorizam seus filhos menores freqüentem "casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida" ou "espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor" (art. 247, I e II, do CP).*

*Para demonstrar que não há poder absoluto, vale lembrar que os arts. 22 e 24 do ECA sujeita os pais à perda ou suspensão do poder familiar caso haja descumprimento injustificado do "dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores".*

*Assim, a primeira premissa de julgamento, extraída dessas considerações, é que a liberdade de educar encontra-se limitada especialmente pela cláusula geral de dignidade dos filhos. As fronteiras entre o exercício lícito e abusivo da educação só poderão ser traçadas quando se tem em conta circunstâncias da realidade vivida pelas partes ou, ao menos, da comunidade em que se inserem.*

*Raramente o julgador, chamado a investigar os limites da liberdade de educação, irá se deparar com pais que querem, acintosamente, criar um criminoso ou um adulto socialmente desviado. Ao contrário, a regra é que os pais queiram o bem para seus filhos e lhes eduquem no intuito de acertar.*

*Por isso, o estabelecimento de verdades absolutas e universais sobre o tema é uma utopia.*

*O ECA deixa essa situação absolutamente clara quando em seu art. 149 confere poder disciplinar à autoridade judiciária, que, mediante portaria ou alvará, poderá regular a entrada e permanência de crianças e adolescentes em certos estabelecimentos, como as salas de cinema, determinando, ainda, sejam levadas em consideração, nessa regulamentação, os princípios que regem o seu micro-sistema legal, "as peculiaridades locais", "a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes", entre outros fatores (art. 149, 1º, do ECA). De qualquer forma, é certo que as medidas adotadas no exercício do poder disciplinar "deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral" (art. 149, 2º, do ECA).*

#### *IV.2. A Classificação indicativa.*

*Estabelecida essa primeira premissa, passo a analisar uma segunda faceta do problema que se apresenta nesses autos, tratando da classificação indicativa.*

*O ECA, como a maior parte da legislação contemporânea, não se satisfaz com a simples tarefa de indicar os meios legais para que se reparem os danos causados a este ou aquele bem jurídico. O legislador, antes de qualquer outra coisa, quer prevenir a ocorrência de lesão aos direitos que assegurou.*

*Foi com intuito de criar especial prevenção à criança e ao adolescente que o legislador impôs ao poder público o dever de regular as diversões e espetáculos públicos, classificando-os por faixas etárias (art. 74 do ECA).*

*Assim, a classificação é "indicativa" porque "os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação" (art. 74, par. Único, do ECA). De posse dessa informação, os pais e responsáveis podem ajustar-se, frequentando aqueles espetáculos que melhor contribuirão para a formação que pretendem dar a suas crianças e adolescentes. A classificação indica previamente o que esperar de determinado espetáculo, de modo a informar para viabilizar a prevenção a danos.*



*Com essa sistemática, evita-se que pais, responsáveis e educadores em geral surpreendam-se ao assistir a espetáculo público, expondo involuntariamente crianças e adolescentes a programação imprópria.*

*A classificação tem, portanto, nítido caráter pedagógico e preventivo. À princípio, ela não limita e nem se opõe à liberdade de educação, mas a auxilia, atuando como seu instrumento.*

*Ocorre que as funções da classificação indicativa não se esgotam nesse papel de auxiliar a educação.*

*Com a entrada em vigor da Portaria 1.100, de 14.07.2006, do Ministério da Justiça, um segundo papel da classificação ficou sobremaneira mais claro e visível.*

*Em primeiro lugar, o art. 18 deste ato normativo estabeleceu que "a informação detalhada sobre o conteúdo da diversão pública e sua respectiva faixa etária é meramente indicativa aos pais e responsáveis que, no regular exercício de sua responsabilidade, podem decidir sobre o acesso de seus filhos, tutelados ou curatelados a obras ou espetáculos cuja classificação indicativa seja superior a sua faixa etária".*

*Ao assim dispor, reforçou-se o papel indicativo da classificação, esclarecendo que os pais, mediante autorização escrita, podem "autorizar o acesso de suas crianças e/ou adolescentes a diversão ou espetáculo cuja classificação indicativa seja superior a faixa etária destes (...) desde que acompanhadas por eles ou terceiros expressamente autorizados" (art. 19). O estabelecimento empresarial reterá a autorização expedida pelos pais e, com isso, assegura-se que sua conduta não seja enquadrada em qualquer infração administrativa.*

*No entanto, o art. 19 da aludida Portaria também frisou que a autonomia dos pais não é tão larga a ponto de autorizar entrada de seus filhos menores em estabelecimento que exponha ao público espetáculo cuja classificação seja proibida para menores de 18 anos.*

*Aqui exsurge a segunda função da classificação: delimitar a liberdade de educação. A classificação é indicativa para as faixas inferiores a 18 anos; para esta é proibitiva.*

#### *IV.4. A solução da controvérsia.*

*Os fatos que deram ensejo à presente controvérsia ocorreram no dia 15.02.03, durante a vigência da Portaria 796, de 08/09/2000, do Ministério da Justiça.*

*A referida portaria apenas enquadrava os espetáculos em 5 faixas distintas, a saber: "livres" ou "inadequados para menores de 12 anos", "inadequados para menores de 14 anos", "inadequados para menores de 16 anos" e "inadequados para menores de 18 anos". Ademais, regulava o procedimento de classificação, impondo normas específicas para a sua divulgação.*

*Não se tem notícia, por outro lado, que a autoridade judiciária local tenha exercido o poder disciplinar estabelecido no art. 149 do ECA.*

*Por isso, deve-se reconhecer que a regulamentação estatal era genérica até então, não estabelecendo solução para a hipótese dos autos. Do texto da Portaria 796/2000 não se*

*extrai qualquer norma que indicasse a flexibilização da classificação a pedido dos pais e/ou responsáveis.*

*Diante desse contexto, havia motivos para crer que a classificação era impositiva, pois o art. 255 do ECA estabelecia sanções administrativas severas a quem exibisse "filme, trailer, peça, amostra ou congênere classificado pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo". A sanção poderia variar de 20 a 100 salários mínimos e, na reincidência, poderia resultar na suspensão do espetáculo ou no fechamento do estabelecimento por até quinze dias.*

*Não se afigura razoável exigir que o recorrente, à época, interpretasse o art. 255 do ECA, sopesando os princípios próprios desse micro-sistema jurídico, para concluir que poderia eximir-se de sanção administrativa que crianças e adolescentes estivessem em exposições impróprias, mas acompanhados de seus pais ou responsáveis.*

*Se o recorrente tivesse se aventurado em estabelecer conduta menos rigorosa do que aquela que parecia decorrer do art. 255 do ECA, teria corrido o risco de admitir em suas salas crianças acompanhadas de pais até mesmo quando a classificação indicasse restrição para menores de 18 anos.*

*A superveniência da Portaria 1.100, de 14.07.2006, é realmente esclarecedora sobre a hipótese. Ela revela que o primeiro autor estava errado na sua avaliação inicial, pois supunha que o pai teria a última palavra sobre o acesso de filhos menores a espetáculos públicos. Há limites para seu poder de flexibilizar a classificação indicativa e mesmo que queira não poderá acompanhar seu filho em espetáculo que exige idade mínima de 18 anos.*

*Por tudo isso, a conduta do recorrente, diante de um cenário de lacuna regulamentar, revelou prudência e atenção ao princípio da prevenção especial, tomando as cautelas necessárias para evitar potenciais danos a crianças e adolescentes.*

*Na pior das hipóteses, deve-se reconhecer que o erro sobre o dever que lhe era imposto por lei e sobre a interpretação do art. 255 do ECA é absolutamente escusável. Se o recorrente tinha razões para acreditar que estava sujeito a severas sanções, era justo que ele impedisse a entrada dos recorridos em suas salas de cinema.*

*Não vislumbro maior relevância no fato de os recorridos terem entrado na sala de cinema, para, após, serem de lá retirados. Nada indica que a retirada tenha se dado de forma grosseira, violenta ou abusiva. Conforme demonstrado, a conduta se mostra justificável diante do cenário legal que à época existia.*

*Em vista de todas essas ponderações, o acórdão afastou-se da interpretação que deveria ser dada, na hipótese, aos arts. 188, I, do CC/02, 255 e 258 do ECA.*

*Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Os recorridos arcarão com as despesas processuais e honorários advocatícios, estes que ora fixo em 15% sobre o valor da causa.*

*Documento: 4744773*

*RELATÓRIO E VOTO*

*Fonte: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062202/recurso-especial-resp-1072035-rj-2008-0143814-8-stj/relatorio-e-voto>*

Considerando ser a classificação “indicativa”, em tese, os pais podem permitir ou autorizar os filhos a presenciar espetáculo classificado de forma diversa de sua faixa etária, o que consta da Portaria MJ 1100/2006<sup>179</sup>. Ou seja, a classificação é relativa, “acompanhados dos pais ou responsáveis, ou autorizados pelos mesmos, a criança ou adolescente pode ingressar no espetáculo, sem que haja infração prevista neste dispositivo legal”. No entanto, se a classificação for acima de 18 anos, “não pode ingressar no espetáculo, sob pena da aplicação deste dispositivo legal” (RAMOS, 2010)<sup>180</sup>.

**JURISPRUDÊNCIA****Classificação indicativa e proibitiva**

*STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.035 - RJ (2008/0143814-8)*

*RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI*

*RECORRENTE : UNITED CINEMAS INTERNATIONAL BRASIL LTDA*

*ADVOGADO : ANDRÉA MARIA RODRIGUES E OUTRO(S)*

*RECORRIDO : GUSTAVO BANDEIRA DA ROCHA OLIVEIRA E OUTRO*

**<sup>179</sup> Do Acesso a Diversão Pública**

Art. 18. A informação detalhada sobre o conteúdo da diversão pública e sua respectiva faixa etária é meramente indicativa aos pais e responsáveis que, no regular exercício de sua responsabilidade, podem decidir sobre o acesso de seus filhos, tutelados ou curatelados a obras ou espetáculos cuja classificação indicativa seja superior a sua faixa etária.

Parágrafo único. O acesso de que trata o *caput* deste artigo está condicionado ao conhecimento da informação sobre a classificação indicativa atribuída à diversão pública em específico.

Art. 19. Cabe aos pais ou responsáveis autorizar o acesso de suas crianças e/ou adolescentes a diversão ou espetáculo cuja classificação indicativa seja superior a faixa etária destes, porém inferior a 18 (dezoito) anos, desde que acompanhadas por eles ou terceiros expressamente autorizados.

§ 1º A autorização de que trata o *caput* deste artigo, expedida pelos pais ou responsáveis legais, deverá ser retida no estabelecimento de exibição, locação ou venda de diversão pública regulada por esta Portaria.

§ 2º Na autorização, que poderá ser manuscrita, de forma legível, constarão os seguintes elementos essenciais:

I - identificação completa:

- a) dos pais ou responsáveis;
- b) da criança ou adolescente autorizado; e
- c) do terceiro maior e capaz autorizado a acompanhar e permanecer junto à criança ou adolescente;

II - menção expressa:

- a) ao nome da diversão pública para a qual se destina a autorização; e
- b) do local e data onde será acessada ou exibida;

III - a descrição do “tema” e das inadequações de conteúdo da diversão pública, identificados na Classificação Indicativa;

IV – data e assinatura dos pais ou responsáveis

<sup>180</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 495.

*ADVOGADO : BRUNO CALFAT E OUTRO(S)*

*DATA JULGAMENTO – 28/04/2009*

*EMENTA - DIREITO CIVIL, INFÂNCIA E JUVENTUDE. MENOR E SEU PAI RETIRADOS DO INTERIOR DE SALA DE CINEMA. FILME IMPRÓPRIO E NÃO RECOMENDÁVEL À IDADE DO PRIMEIRO. CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E PROIBITIVA. CONDOTA DO EXIBIDOR DE FILMES QUE SE REVELA ADEQUADA AO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL.*

## **6 - Pena:**

Está prevista a multa que pode, além de ser aplicada em dobro, em caso de reincidência, ser determinada a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Burla fiscalização**

*TJSP - Processo: AC 1695380900 SP*

*Relator(a): Eduardo Gouvêa*

*Julgamento: 02/02/2009*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 25/02/2009*

*APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou procedente auto de infração lavrado por Voluntário da Infância e Juventude, pela prática de infração administrativa consistente ter permitido o apelante a presença de menores de 18 anos em sala cinema onde era exibido filme cuja classificação era para maiores de 18 anos - Adolescentes que adquiriram bilhetes para outro filme cuja classificação etária era para menores de 18 anos e adentram a sala onde era exibido o filme cuja classificação excedia sua faixa etária - Não configuração da infração administrativa prevista no art. 255 do ECA - Adolescentes que burlaram a vigilância do apelante que não incorreu em dolo - O auto de infração deve ser julgado improcedente e cancelada a multa aplicada. Apelação provida .*

**Artigo 256 -**

*Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente:*

*Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.*

*Norma protetiva de referência: artigo 77 do ECA<sup>181</sup>.*

---

**1 - Sujeito ativo:**

Qualquer pessoa que venda (caráter definitivo oneroso) ou loque (caráter provisório oneroso) o vídeo inapropriado para criança ou adolescente. A disposição se refere ao comerciante, pessoa física, e não à jurídica, sejam “proprietários, diretores, gerentes e funcionários das empresas que explorem” (RAMOS, 2010) o comércio<sup>182</sup>.

**2 - Sujeito passivo:**

O sujeito imediato – criança e adolescente que adquiriram definitiva ou temporariamente a fita de vídeo e o mediato – responsáveis e Estado.

**3 - Tutela Jurídica:**

Idem aos itens anteriores.

**4 - Fita de programação em vídeo:**

Fita em vídeo significa o cassete contendo as imagens reprodutoras do conteúdo proibido ou inapropriado à população infanto-juvenil. Contudo, todo e qualquer

---

<sup>181</sup> Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

<sup>182</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 497.

dispositivo que venha a conter e reproduzir tais imagens espúrias – CDs, DVDs ou USBs – devem ser repudiados e sua locação ou venda podem ser enquadradas como condutas da infração ora comentada.

Especificamente em relação a essas novas tecnologias, a menção a fita não exclui a incidência do dispositivo, uma vez que o fundamento do tipo infracional está na sua programação audiovisual, que é a mesma. Ademais, as Portarias que regulamentam a matéria, disciplinam e estabelecem critérios e procedimentos da Classificação Indicativa de obras audiovisuais destinadas a CINEMA, VÍDEO, DVD e congêneres<sup>183</sup>. Ou seja, não há que se excluir as demais formas de comunicação audiovisual.

### 5 - Da conduta:

O tipo se realiza com o ato de comércio respectivo.

### 6 - Portaria 1.100/06

A produtora, exibidora, distribuidora, locadora e congêneres, ao realizar a exibição ou comercialização de diversão pública regulada por esta Portaria fornecerá e veiculará a informação e o símbolo identificador a ela atribuído na Classificação Indicativa, nos termos do Manual de Classificação.

O símbolo e a informação deverão ser veiculados de acordo com o seguinte exemplo: NÃO RECOMENDADO PARA MENORES DE xx ANOS, e ainda, com a descrição objetiva das inadequações de conteúdo e do tema.

Nos casos em que o produto principal ainda não tenha sido classificado, o trailer, chamada ou congêneres deve veicular, na forma prescrita na Portaria, a seguinte frase: VERIFIQUE A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA<sup>184</sup>.

<sup>183</sup> Portarias MJ 1597/2004 e 1344/2005.

<sup>184</sup> **Da Forma de Veiculação da Classificação Indicativa**

Art. 15. A produtora, exibidora, distribuidora, locadora e congêneres, ao realizar a exibição ou comercialização de diversão pública regulada por esta Portaria, fornecerá e veiculará a informação e o símbolo identificador a ela atribuído na Classificação Indicativa, nos termos do Manual de Classificação Indicativa.

Parágrafo único. O símbolo e informação de que trata o *caput* deste artigo deverá ser veiculado de acordo com o seguinte exemplo: NÃO RECOMENDADO PARA MENORES DE XX ANOS, e ainda, com a descrição objetiva das inadequações de conteúdo e do tema.

Art. 17. O trailer, chamada e/ou congêneres referentes a diversões públicas poderá ter classificação independente, obedecendo ao disposto no artigo anterior desta Portaria, desde ue veicule a classificação do produto principal.

§ 1º Ao trailer, chamada e/ou congêneres classificado de forma independente aplica-se, no que couber, o disposto no art. 15 e parágrafo único, desta Portaria.

§ 2º Nos casos em que o produto principal ainda não tenha sido classificado, o trailer, chamada ou congêneres deve veicular, na forma prescrita nesta Portaria, a seguinte frase: VERIFIQUE A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA.

**7 - Pena:**

Além da multa, a possibilidade de fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

**JURISPRUDÊNCIA****Prova suficiente - dosimetria acima do mínimo**

*TJSP - Voto nº 1.368/TJ – Câmara Especial*

*Apelação Cível nº 91.886.0/3*

*Comarca: Sorocaba*

*Apte.: I.C.d.F. e Ad.M. Ltda.*

*Apdo.: Promotor de Justiça oficiante na Vara da Infância e Juventude de Sorocaba*

*Relator - FÁBIO QUADROS*

*Data de julgamento: 08/04/02*

*Menor – Infração administrativa – Fitas de vídeo de programas infantis com cenas de pornografia – Comercialização pela produtora que as colocou no mercado através de pontos de venda, em supermercados – Art. 256 do ECA – Empresa que também reproduz e comercializa filmes pornográficos – Reaproveitamento de fitas sem a devida cautela – Prova suficiente para embasar a procedência da ação – Multa acima do mínimo, diante da gravidade da infração e sua amplitude – Capacidade econômica da empresa – Recurso improvido.*

**Artigo 257 -**

***Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.***

---

### 1 - Sujeito ativo:

A nosso ver, a responsabilidade deve recair não só em relação à editora que publica as revistas ou periódicos com conteúdo impróprio a crianças e adolescentes ou sem as cautelas exigidas pelo ECA, mas também aos pontos, bancas e lojas que comercializam de forma imprópria ou a destinatários proibidos as revistas e publicações<sup>185</sup>, inclusive em *outdoors*<sup>186</sup>.

### 2 - Sujeito passivo:

O sujeito imediato – criança e adolescente e o mediato – responsáveis e Estado.

### 3 - Objetividade Jurídica:

Previstas nos arts. 78 e 79 do ECA<sup>187</sup>.

O art. 78 dispõe que as revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

*Revistas* são edições geralmente periódicas sobre interesses específicos: esportes, política, entretenimento, etc. *Publicações* englobam qualquer tipo de publicação, seja ela jornais, periódicos, manuais ou panfletos.

O parágrafo do artigo 78 preconiza ainda que as editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Já o artigo 79 determina que as revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Ou seja, não somente em relação à embalagem, mas também e essencialmente ao conteúdo é que foi imposta a determinação.

<sup>185</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 499.

<sup>186</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Conselho da Magistratura, Processo nº 2002.004.00491. Classe “D”. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza.

<sup>187</sup> Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.



A infração se aperfeiçoa com a mera exposição, sendo certo que, para cada exemplar, em tese, corresponde uma infração distinta, não sendo o caso de litispendência<sup>188</sup>.

#### **4 - Pena diferenciada:**

O artigo dispõe que a pena pode ser aplicada em dobro no caso de reincidência, sem prejuízo da apreensão da revista ou do periódico.

Muito embora uma análise singela do dispositivo possa levar a crer que a apreensão apenas é autorizada no caso de reincidência, o certo é que a locução “sem prejuízo” deixa claro que, independente da reincidência, é possível a apreensão da revista e do periódico.

Não seria lógico permitir a comercialização de produtos cujo conteúdo, por si só, possa gerar danos psicológicos à criança e ao adolescente, sob a escusa de se aguardar uma nova infração para que fosse adotada medida mais drástica, de caráter nitidamente acautelatório.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Conteúdo pornográfico - incorrência/ responsabilidade do DER**

*TJDF - Processo: 56759120088070001 DF*

*Relator(a): WALDIR LEÔNICIO C. LOPES JÚNIOR*

*Julgamento: 23/09/2009*

*Órgão Julgador: 2ª Turma Cível*

*Publicação: 14/10/2009, DJ-e Pág. 158*

*DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OUTDOOR. PROPAGANDA DE MOTEL. PERFIS DE MULHERES, VESTIDAS EM TRAJES ÍNTIMOS, ENTRE DIZERES DE DUPLO SENTIDO. ALEGAÇÃO DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO. CONDENAÇÃO DO DER/DF EM VIRTUDE DE NEGLIGÊNCIA NA FISCALIZAÇÃO.*

*1. É PRECISO INVESTIGAR ANTES DE ATRIBUIR A PECHA DE OBSCENO OU DE PORNOGRÁFICO A DETERMINADO ANÚNCIO SE ELE VERDADEIRAMENTE IMPLICA OFENSA AO PUDOR PÚBLICO, OU MELHOR, PERIGO À FORMAÇÃO INTELECTUAL E AO AMADURECIMENTO SEXUAL DAS CRIANÇAS E DOS*

---

<sup>188</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 503

ADOLESCENTES. NO CASO ESPECÍFICO DE OUTDOOR COM A IMAGEM DE PERFIS POSTERIORES DE MULHERES TRAJADAS COM VESTES ÍNTIMAS, NADA HÁ DE DIFERENTE DO QUE SE VÊ NA TELEVISÃO, NOS CLUBES E NAS PRAIAS. O ANÚNCIO NÃO OFENDE A INTEGRIDADE INTELECTUAL E MORAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES, DE MODO A DAR A CAUSA À INCIDÊNCIA DO ART. 257 DO ECA. TALVEZ O GRANDE DESCONFORTO SURJA PORQUE AS IMAGENS DOS CORPOS FEMININOS SEMINUS SÃO ASSOCIADAS À REDE DE MOTÉIS E NÃO À MARCA DE ROUPAS DE PRAIA. COMO ANOTA A DOCTRINA (VALTER KENJI ISHIDA, IN ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, 8. ED. - SÃO PAULO: ATLAS, 2006), "NÃO HÁ CONFUNDIR PORNOGRAFIA E OBSCENIDADE COM EROTISMO E SENSUALIDADE". A MALÍCIA DA PROPAGANDA NÃO ESTÁ PURA E SIMPLEMENTE NAS IMAGENS VINCULADAS NO OUTDOOR, MAS NAS PALAVRAS QUE LHE SÃO ASSOCIADAS. A MALÍCIA DA INTERPRETAÇÃO, ALIÁS, SOMENTE PODE SER LEVADA À CRIANÇA OU AO ADOLESCENTE COM A AJUDA DE UM ADULTO.

2. DE OUTRO LADO, À LUZ DO QUE DISPÕE O PLANO DIRETOR DE PUBLICIDADE DO DISTRITO FEDERAL E SEU RESPECTIVO REGULAMENTO (LEI COMPLEMENTAR N. 3.036/2002 E DECRETO DISTRIAL N. 27.195/2006), IMPERIOSO NOTAR QUE O DER/DF NÃO DETÉM PRERROGATIVA DE ATUAR COMO ÓRGÃO DE CENSURA DAS PROPAGANDAS A SEREM VEICULADAS NOS OUTDOORS DE SUA RESPONSABILIDADE.

### **Caracterização da infração**

*TJSC - Processo: APL 209932 SC 2008.020993-2*

*Relator(a): João Henrique Blasi*

*Julgamento: 27/09/2011*

*Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público*

*Publicação: Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. , de Blumenau*

*Parte(s):*

*Apelante: Scata Painéis Ltda*

*Apelada: A Justiça, por seu Promotor*

*APELAÇÃO. REPRESENTAÇÃO DEDUZIDA POR CONSELHO TUTELAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). VEICULAÇÃO, EM OUTDOOR, DE ANÚNCIO DE REVISTA MASCULINA PROTAGONIZADO POR MODELO DESPIDA E EM POSE SENSUAL. APLICABILIDADE DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 78 E 257 DO ECA. PROTEÇÃO DOS INFANTES EM RAZÃO DA CONDIÇÃO ESPECIAL DE PESSOAS EM PROCESSO DE FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE E DO CARÁTER.*

*RESPONSABILIDADE DA EMPRESA MANTENEDORA DOS ENGENHOS PUBLICITÁRIOS CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.*

*Em razão da tutela constitucional assegurada à criança e ao adolescente, pessoas em pleno processo de formação de sua personalidade e caráter, o Estatuto que lhes é próprio (ECA - Lei n. 8.069/90), em seu art. 257, traz previsão expressa de aplicação de multa no caso de descumprimento do disposto no art. 78, ao estatuir que "as revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo". No caso vertente, não restam dúvidas de que a representada, empresa responsável pela veiculação, em outdoor, de anúncio de revista masculina que estampa modelo despida em pose sensual, praticou a conduta ilícita descrita na representação, não se divisando causa eximente de sua responsabilidade, ademais do que não restou demonstrado que a publicidade invecivada contasse com autorização do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - Conar.*

#### **Multa diária- conversão em valores atuais**

*STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 50.829 - RJ (1994/0020102-8)*

*RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ*

*RECORRENTE : EDITORA A NOTICIA LTDA*

*ADVOGADO : WALMYR MATTOS E OUTROS*

*RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*

*EMENTA*

*PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PUBLICAÇÃO DE PERIÓDICO CONTENDO MATERIAL IMPRÓPRIO À EXPOSIÇÃO DO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL. EXAME DA QUESTÃO FÁTICA OBSTADO PELA SÚMULA 07 DO STJ. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. ARTS. 78 E 213 DO ECA. POSSIBILIDADE. COMINAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA EM UNIDADE FISCAL ESTADUAL. IMPROPRIEDADE. CONVERSÃO EM VALORES ATUAIS, ADOTANDO-SE COMO ÍNDICE LEGAL O INPC.*

*1. O convencimento do Tribunal de origem baseou-se em acurado exame de provas documentais colacionadas aos autos, impossibilitado, destarte, o reexame da questão litigiosa de fundo (Súmula n.º 07 do STJ).*

*2. A apreciação das razões apoiadas no artigo 220 da Constituição Federal encontra-se prejudicada, por serem objeto de Recurso Extraordinário simultâneo e inviáveis de exame em sede de Recurso Especial.*

3. A cominação da multa diária, prevista no artigo 213 do ECA, foi corretamente aplicada em face do descumprimento do provimento cautelar, tornando-se devida a partir da citação da Ré até a data em que a publicação deixou de circular.

4. O progressivo aumento do valor estipulado pelo acórdão recorrido, tornou à empresa insuportável o seu adimplemento, motivo pelo qual, sopesadas as circunstâncias e aplicando o direito à espécie, a sanção diária foi reduzida à quantia de 05 (cinco) salários de referência.

5. A pena pecuniária embasada em dispositivo de lei federal não pode ser cobrada em unidade fiscal do Estado.

6. O valor cominado da multa diária deve ser transformado em seu correspondente atual, adotando-se como índice legal o INPC, previsto no artigo 4.º da Lei n.º 8.177/91, calculado e divulgado pelo órgão integrante da Administração Pública Federal.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ - Relatora

## Artigo 258 -

***Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:***

***Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.***

---

### 1 - Sujeito ativo:

É o responsável pelo estabelecimento, ou seja, a pessoa sobre a qual recai a gestão do estabelecimento onde está sendo desenvolvida a diversão ou o espetáculo, em última análise, o proprietário, a se considerar a preponderância da responsabilidade objetiva.

O empresário, ou seja, aquele que produz, patrocina e auferir lucros com determinado projeto, ainda que este não seja produzido ou realizado em casa ou estabelecimento de sua propriedade.

Isso porque, o tipo infracional é direcionado “para o responsável pelo estabelecimento (pessoa física ou jurídica), inclusive o gerente, locador ou locatário do imóvel, e empresário responsável pela diversão, e o responsável pelo espetáculo (sujeitos ativos)”<sup>189</sup> (RAMOS, 2010).

## **2 - Responsabilidade solidária:**

A responsabilidade entre o empresário e o responsável deve ser considerada solidária, obrigando-se cada um pelo total do devido, sendo certo que, mesmo que não sejam responsabilizados os corresponsáveis, essa circunstância não gera qualquer mudança na relação, mas sem olvidar a possibilidade do direito de regresso<sup>190</sup>.

## **3 - Sujeito Passivo:**

O sujeito imediato – criança e adolescente e o mediato – responsáveis e Estado.

## **4 - Preliminares:**

Os artigos do ECA que regulam a prevenção especial dos direitos atinentes às crianças e aos adolescentes partem de um sistema misto de controle, nos quais são integradas decisões de órgãos da esfera do Poder Executivo, como no caso da classificação indicativa – do Ministério da Justiça, enquanto outras, são deliberações que emanam do próprio Poder Judiciário.

O presente artigo explicita infração administrativa consistente na inobservância do responsável por local de divertimento e espetáculo público, das normas previstas no ECA.

Logo, trata-se de infração genérica que deve ser analisada de uma forma detida para poder delimitar a esfera de fiscalização do acesso do público jovem a esse tipo de diversão, valendo lembrar que os artigos do ECA são expressos quanto aos tipos de diversão expressamente vedados, além de esmiuçar aqueles em que pode ser conferido o acesso, desde que com o devido acompanhamento pelo responsável.

---

<sup>189</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 504/505.

<sup>190</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 511/513.

## 5 - Portaria do Juízo e Alvarás:

De acordo com o artigo 149 do ECA<sup>191</sup>, compete à autoridade judiciária, mediante portaria expedida pelo juízo da Infância e Juventude, regular as circunstâncias e em que condições o acesso de crianças e adolescentes se dará aos espetáculos e diversões públicas, sendo ali descritas diversas e variadas formas de diversões.

Tal discricionariedade do juiz é função atípica da atividade jurisdicional, qual seja, regulamentar ou normativa, na qual o magistrado se vê investido do poder para regular, através de Portaria, as normas locais de acesso de crianças e adolescentes a espetáculos e diversões quando tais regras já não venham expressamente explicitadas pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em legislação específica ou quando a regulamentação não esteja a cargo de outro órgão, ainda que de outra esfera do Poder Público.

O aludido dispositivo prevê, ainda, a possibilidade de expedição de alvarás específicos a casos concretos, a serem analisados pelo magistrado, quando a hipótese não esteja prevista ou exorbitar o âmbito das regras gerais expostas na Portaria expedida pelo Juízo acerca das diversões e espetáculos. É comum na área da infância e Juventude o trâmite pelo cartório judicial de pedidos os mais variados e específicos relacionados à matéria.

Por outro lado, a Portaria pode estabelecer exigências e parâmetros que devem ser comprovados pelo interessado através de pedido devidamente documentado no Juízo da Infância e Juventude a respeito do cumprimento das exigências preconizadas na Portaria, p.ex., regras relativas à segurança do evento e alvarás específicos.

---

<sup>191</sup> Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

A Portaria também poderá prever regras específicas que venham atender a parâmetros de segurança mínimos que devem ser observados pelas entidades que pretendem patrocinar eventos, para salvaguardar os interesses da população infanto-juvenil, no mais das vezes amparada por decretos e legislações esparsas.

Podem ser referidas a exigência da comprovação de alvará do corpo de bombeiros, aprovando a segurança do local (saídas de emergência, brigadas de incêndio), conforme previsto no Decreto nº 46.076, de 31 de agosto de 2001 (que substituiu o Dec. Estadual 38.069/93) e que institui o Regulamento de Segurança contra Incêndio das edificações e áreas de risco para fins da lei nº 684, de 30 de Setembro de 1975 e estabelece outras providências. Outro documento de referência é a Resolução 122 de 24 de setembro de 1985 da Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública do Estado de São Paulo, que determina que as autoridades policiais militares, no exercício da polícia de manutenção da ordem pública, somente forneçam policiamento ostensivo para espetáculos públicos, mediante prévia vistoria das instalações dos estádios, ginásios, teatros ou recintos onde serão realizados, expressa em relatório.

A previsão da possibilidade regulamentação do Poder Judiciário acerca de matérias de interesse local vem informada pelo princípio da municipalização previsto no artigo 88, I, ECA.

Em sua atuação fiscalizadora, o representante do Ministério Público deverá avaliar a Portaria do Juízo acerca do acesso a diversões e espetáculos, devendo se manifestar em todos os pedidos de alvará, analisando o fiel cumprimento das regras previstas na Portaria, fazendo as exigências que repute necessárias.

## **6 - Participação em eventos e espetáculos públicos:**

A participação de criança e adolescente em espetáculos, sejam eles certames de beleza, novelas, comerciais ou semelhantes, exige alvará judicial específico, uma vez que a lei veda autorização genérica (art. 149, § 2º do ECA)<sup>192</sup>.

Assim, não basta a simples autorização dos pais ou responsáveis, pois sempre se exige alvará judicial para tais hipóteses. A própria lei permite essa interpretação, uma vez que na previsão trazida no inc. II do art. 149 do ECA não há menção a

---

<sup>192</sup> Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

“desacompanhados dos pais ou responsáveis”, como consta no inc. I. Logo, não importa a autorização, sendo o alvará de mister.

## **7 - Bebida Alcoólica:**

Muito embora o artigo 258 não faça expressa menção à venda de bebidas alcoólicas no evento a ser realizado, o certo é que a sua vedação está expressa no artigo 81, II, do ECA<sup>193</sup>.

No momento em que o responsável se habilita para a realização do evento, está assumindo o compromisso implícito de cumprir com as normas relativas à prevenção dos direitos da criança e do adolescente, inclusive a venda de bebidas alcoólicas e outros produtos vedados pelo ECA, no âmbito do próprio evento.

Logo, o presente artigo deve ser aplicado não somente quando o evento foi realizado sem a conformidade da portaria do juízo ou do estabelecido no alvará individualizado, mas também quando o responsável deixa de cumprir as normas específicas de proteção das crianças e adolescentes, mormente aquelas atinentes à venda de bebida alcoólica.

Recentemente, no Estado de São Paulo foi aprovada a Lei Estadual nº 14.592, de 19 de outubro de 2011 que proíbe vender, ofertar, fornecer, entregar e permitir o consumo de bebida alcoólica, ainda que gratuitamente, aos menores de 18 (dezoito) anos de idade, e dá providências correlatas, impondo severas punições administrativas aos infratores. Dentre elas, destacam-se multas e a pena de cassação da eficácia da inscrição, no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, dos fornecedores de produtos ou serviços que venderem, oferecerem, fornecerem, entregarem ou permitirem o consumo de bebidas alcoólicas, ainda que gratuitamente, aos menores de 18 (dezoito) anos de idade, ou forem flagrados consentindo com o uso ou com a comercialização de drogas, alterando nesse particular a lei estadual nº 12.540, de 19 de janeiro de 2007.

A fiscalização está a cargo dos órgãos de defesa do consumidor estaduais de defesa do consumidor e de vigilância sanitária, nos respectivos âmbitos de atribuições,

---

<sup>193</sup> Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:  
(...)  
II - bebidas alcoólicas;



que serão responsáveis pela aplicação das sanções decorrentes de infrações às normas nela contidas, mediante procedimento administrativo (art. 8º da lei estadual).

### **8 - Lan House**

A Lei Estadual paulista nº 12.228 de 18 de janeiro de 2006 veio regular a atividade das casas que comercializavam acesso à rede de informática.

O uso de jogos eletrônicos e de rede mundial de computadores nesses estabelecimentos é de grande apelo junto à população infanto-juvenil, com a possibilidade de acesso ao maior número possível de atividades virtuais, o que tornou insuficiente a previsão genérica prevista no artigo 258 do ECA.

Desse modo, a legislação veio preencher a lacuna, estabelecendo critérios para o cadastro de crianças e adolescentes, além de regras para o seu acesso, de modo a estabelecer controle acerca do conteúdo da informação utilizada.

Há uma gradação de sanções que variam desde pesadas multas até o fechamento definitivo da casa exploradora da atividade. As multas variam de leves a gravíssimas, com valor mínimo de R\$ 3.000,00 e máximo de R\$10.000,00.

A fiscalização das atividades e a definição dos patamares das multas estão previstos no Decreto Estadual 50.658 de 30 de março de 2006, que veio instrumentalizar a aludida lei estadual, no exercício do poder regulamentar.

De acordo com tal decreto, a apuração da infração administrativa não se dá pelo procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas nos termos da Lei Estadual nº 10.177 de 30 de dezembro de 2008, a qual prevê o procedimento para aplicação de sanções administrativas, no âmbito estadual, o que é de atribuição do órgão de proteção ao consumidor, ao qual deve ser encaminhada a notícia para a devida punição administrativa.

Frise-se que o fato de o procedimento ter previsão na aludida lei não afasta a competência da Justiça da Infância e Juventude, tampouco a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento da ação para o fechamento da casa ou aplicação das sanções previstas na lei estadual, em virtude de seu perfil institucional voltado para a defesa dos interesses individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes.

### **JURISPRUDÊNCIA**

### **Jogo de sinuca/ prescrição**

*"ECA - MULTA ADMINISTRATIVA - ESTABELECIMENTO COMERCIAL - JOGO DE SINUCA - ENTRADA DE MENOR - INFRAÇÃO - ART. 80 E 258 DO ECA - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - PRECEDENTES DO STJ. O prazo prescricional para a cobrança de multa por INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA tipificada no ECA é de cinco anos. Precedentes do STJ. Pratica a INFRAÇÃO prevista no art. 258 do ECA o estabelecimento comercial que, em inobservância da regra inserta no art. 80 do mesmo diploma legal, permite a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local." (3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0481.03.026733-2/001 - Rel. Des. Manuel Saramago - j. 26/04/2007);*

*EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PROCEDIMENTO PARA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO A NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - ESTABELECIMENTO QUE EXPLORA SINUCA - PROIBIÇÃO DA ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES - INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 80 e 258 DO ECA - APLICAÇÃO DE MULTA. 1- A pena de multa decorrente de INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, prevista no art. 258 do ECA, não se sujeita aos prazos prescricionais dispostos no Código Penal, mas ao prazo quinquenal do direito administrativo. 2- Configura INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, a permissão de entrada e permanência de menores de 18 anos em estabelecimento que explora jogo de sinuca.*

### **Certame de beleza**

*APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRÁTICA DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, CONSISTENTE NA REALIZAÇÃO DE EVENTO ("CERTAME DE BELEZA") COM PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFRAÇÃO AO ARTIGO 149 DO ECA. RECURSO NÃO-PROVIDO.*

*(TJPR. 11ª C. Cív. AC nº 0529462-2, de Pato Branco. Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak. Unânime. J. em 24/06/2009).*

### **Bebidas alcoólicas**

*APELAÇÃO CÍVEL. BAILE DE FORMATURA. PRESENÇA DE MENORES INGERINDO BEBIDA ALCÓOLICA. Afasta-se a alegação de ilegitimidade passiva, tendo em vista que se trata de dever jurídico imposto a todos os envolvidos na realização do evento, nos termos dos artigos 70 e 71 do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA). Auto de infração dando conta de que a equipe do Comissariado de*

*Justiça constatou a presença de menores de 18 anos de idade, sem qualquer identificação, desacompanhados, e consumindo bebida alcoólica, em festa de formatura. Não foram tomadas as providências necessárias para controlar o ingresso, a permanência, e a ingestão de bebidas alcoólicas por crianças e adolescentes, merecedores de proteção integral, em consonância com o disposto no art. 227 da Constituição da República. Evidente a infração do art. 258 da Lei 8069/90, sendo a multa aplicada em observância aos critérios de equidade. A responsabilidade pela entrada, permanência e pelo consumo de bebidas alcoólicas ou entorpecentes por menores de dezoito anos de modo irregular nos locais de diversão é solidária entre o responsável pelo estabelecimento e pelo promotor do evento, uma vez que as cláusulas existentes no contrato de locação só possuem validade entre ambos, não podendo ser oponível ao Estado. DESPROVIMENTO DO RECURSO.*

*(TJRJ. 18ª C. Cív. Ap. Cív. nº 2009.001.38409. Rel. Des. Jorge Luiz Habib. J. em 13/10/2009).*

### **Controle acesso/ violação portaria judicial**

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AUTO DE INFRAÇÃO - ENTRADA DE MENORES EM DANCETERIA, BAR E SIMILARES - NEGLIGÊNCIA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TIPIFICADA NO ART. 258, DA LEI Nº 8.069/90 - SENTENÇA MANTIDA.*

*O proprietário de estabelecimento comercial, cuja atividade compreende o funcionamento de danceteria e venda de bebidas alcoólicas, que permite o acesso de menores desacompanhados dos pais ou responsáveis, sem lhes exigir a apresentação de documento de identidade ou não os confere seguramente, comete infração administrativa prevista no art. 258 do ECA. (TJMG. 5ª C. Cív. Ap. Cív. nº 1.0702.08.513732-2/00. Rel. Des. Mauro Soares de Freitas. J. em 08/10/2009).*

### **Jogos eletrônicos**

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PROCEDIMENTO PARA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO A NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE - NULIDADE DA CITAÇÃO - PRELIMINAR REJEITADA - ESTABELECIMENTO QUE EXPLORA JOGOS ELETRÔNICOS - PROIBIÇÃO DA ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES - INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 80 e 258 DO ECA - APLICAÇÃO DE MULTA.*

*1 - Tendo sido a autuação elaborada por Comissário de Menores, a requerida foi devidamente intimada no momento da infração, nos termos do art. 195, I, do Estatuto da Criança e do adolescente, não havendo que se falar em nulidade de citação.*

*2 - Configura infração administrativa, prevista no Estatuto da Criança e do adolescente, a permissão de entrada e permanência de menores de 18 anos em estabelecimento que explora jogos eletrônicos após o horário permitido.*

*3 - Não havendo qualquer excesso na penalidade imposta à autuada, deve ser mantida a multa fixada na sentença.*

(TJMG. 6ª C. Cív. Ap. Cív. nº 1.0699.07.075242-2/001. Rel. Des. Maurício Barros. J. em 01/09/2009).

### **Prova suficiente**

*ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA. PROVA DA CULPA DO REPRESENTADO. Incorre nas penas do art. 249 do ECA aquele que não observa a imposição judiciária, representada por Portaria, de não permitir o ingresso de menores de 14 anos de idade em "festa-baile". Culpabilidade demonstrada pela falta de cuidados para evitar a entrada de menor em baile. Pena aplicada corretamente, considerando os parâmetros mínimo e máximo previstos em lei. DESPROVERAM. UNÂNIME.*

(TJRS. 7ª C. Cív. Ap. Cív. nº 70005408372. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. J. em 19/03/2003).

*ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DE MENOR EM DANCETERIA. EVIDENCIADA A PRESENÇA DE MENOR DE DEZESSEIS ANOS EM DANCETERIA, DESOBEDECENDO A DETERMINAÇÃO JUDICIAL QUE DISPOE O CONTRÁRIO, FICA CARACTERIZADA A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, PREVISTA NO ARTIGO 258 DA LEI FEDERAL Nº 8.069/90. APELO IMPROVIDO.*

(TJRS. 7ª C. Cív. Ap. Cív. nº 70002714657. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis. J. em 22/08/2001).

### **Valor da multa**

*APELAÇÃO CÍVEL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CASA NOTURNA SEM OBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES ESTIPULADAS NA PORTARIA JUDICIAL. MULTA. ADEQUAÇÃO.*

*Aquele que permite o ingresso e permanência de adolescentes no seu estabelecimento comercial em horário inadequado e sem atender às limitações estabelecidas, tais como a presença dos pais ou responsáveis dos adolescentes, deverá arcar com as conseqüências decorrentes da procedência da representação administrativa. O valor da multa, todavia, deverá atentar para as circunstâncias do caso concreto. Apelo provido em parte.*

*Apelação Cível - Nº 70025413485 - Oitava Câmara Cível - Comarca de Rio Grande - A.S.S.T. / apelante – MP/ APELADO, data de julgamento: 18/12/2008, Relator: Alzir Felipe Schmitz*

## Solidariedade

*Processo: REsp 636460 DF 2004/0034849-0*

*Relator(a): Ministro LUIZ FUX*

*Julgamento: 13/12/2005*

*Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA*

*Publicação: DJ 13/02/2006 p. 666RSTJ vol. 207 p. 67*

*RECURSO ESPECIAL. VARA DE INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ALVARÁ JUDICIAL. ART. 258 DO ECA. RESPONSABILIDADE POR EVENTO. SOLIDARIEDADE.*

*1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) prevê, em seus artigos 149 e 258, respectivamente que: compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará, as seguintes circunstâncias: "I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão;*

*II - a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º - Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta Lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo. § 2º - As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.*

***TJSP - Apelação: APL 98149220068260659 SP 0009814-92.2006.8.26.0659***

*Relator(a): Presidente Da Seção De Direito Público*

*Julgamento: 17/10/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Especial*

*Publicação: 19/10/2011*

### ***Ementa***

*APELAÇÃO - Infração administrativa - Menores desacompanhados dos pais ou responsável em festa noturna em descompasso com as normas estatutárias - Aplicação do artigo 258 do ECA - Responsabilidade solidária do empresário responsável pela promoção do evento e locatário do espaço para tanto utilizado, aferida objetivamente*

*em relação a este último - Substrato probatório suficiente à subsunção fática no tipo administrativo - Fiscalização a cargo dos responsáveis pelo evento não elidida pelo poder de polícia estatal - Multa devida, em relação ao empresário responsável pelo evento, fixada em valor proporcional ao desvalor da conduta - Reforma da decisão em relação à empresa locadora do espaço, para substituir o fechamento temporário do estabelecimento por multa, a despeito da reincidência específica - Recurso do responsável pelo evento desprovido e parcial provimento do recurso da empresa locadora do espaço. Respondem solidariamente por infração administrativa abstratamente prevista pelo art. 258 do ECA, referente ao ingresso e permanência de menores em evento noturno, em dissonância com limites impostos pela legislação estatutária, o empresário responsável pela promoção do evento e a locadora do espaço para tanto utilizado, esta última em caráter objetivo, não se elidindo a responsabilidade pela fiscalização pertinente à consideração do poder de polícia estatal.*

### **Participação em programa televisivo**

*Processo: REsp 482045 SP 2002/0150520-0*

*Relator(a): Ministro FRANCIULLI NETTO*

*Julgamento: 12/05/2003*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 23.06.2003 p. 343 RSTJ vol. 172 p. 308*

*RECURSO ESPECIAL. PARTICIPAÇÃO DE MENORES EM PROGRAMA TELEVISIVO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSIÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA PREVISTA NO ART. 258 DO ECA PELO R. JUÍZO A QUO. ALEGADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 149, I, E, DO ECA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO SEM A ALUDIDA AUTORIZAÇÃO, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ARTIGO 149, II, A, DO ECA. PRECEDENTES. Consoante se observa da atenta leitura dos fundamentos do v. acórdão do Tribunal a quo, que determinou o pagamento de pena pecuniária à recorrente por infração ao artigo 149, II, a, do ECA, o dispositivo de lei federal invocado nas razões recursais (artigo 149, I, e, do ECA), não foi objeto de análise pela Corte de origem. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF, por ausência de prequestionamento. A participação de menores em programas televisivos, verdadeiros espetáculos públicos, impõe prévia autorização judicial (inciso II, a, do artigo 149 do ECA), que não é suprida com a autorização dos pais ou responsáveis do menor. Precedentes. Recurso especial não conhecido.*

*Processo: REsp 471767 SP 2002/0123710-8*

*Relator(a): Ministra ELIANA CALMON*

*Julgamento: 20/03/2003*

*Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ 07/04/2003 p. 270*

*RECURSO ESPECIAL - AUTO DE INFRAÇÃO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PARTICIPAÇÃO DE MENOR EM PROGRAMA DE TELEVISÃO - ALVARÁ JUDICIAL - NECESSIDADE - MULTA - ART. 258 DO ECA. 1.*

*O art. 149, I do ECA aplica-se às hipóteses em que a criança e/ou adolescente participam, na condição de espectadores, de evento público, sendo imprescindível a autorização judicial se desacompanhados dos pais e/ou responsáveis. 2. O art. 149, II do ECA, diferentemente, refere-se à criança e/ou adolescente na condição de participante do espetáculo, sendo necessário o alvará judicial mesmo que acompanhados dos pais e/ou responsáveis. 3. Os programas televisivos têm natureza de espetáculo público, enquadrando-se a situação na hipótese do inciso II do art. 149 do ECA. 4. Precedente a Primeira Turma desta Corte no REsp 399.278/RJ. 5. A autorização dos representantes legais não supre a falta de alvará judicial e rende ensejo à multa do art. 258 do ECA. 6. Recurso especial improvido.*

### **Desrespeito ao alvará – responsabilidade do promotor do evento**

***TJRN - Apelação Cível: AC 112759 RN 2009.011275-9***

*Julgamento: 08/06/2010*

*Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível Classe: Apelação Cível*

*Origem : Vara Cível da Comarca de Macau/RN.*

*Apelante : Antônio Fonseca da Silva.*

*Advogada : Dra. Juliana Costa Bezerra Madruga (5306/RN).*

*Apelado: Ministério Público.*

*Relator : Desembargador Expedito Ferreira.*

***EMENTA : APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA SUSCITADAS PELA PARTE APELANTE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ACESSO DE ADOLESCENTES A EVENTO SOCIAL. RESPONSABILIDADE DE SEU PROMOTOR. PERTINÊNCIA SUBJETIVA PATENTE. AUTO DE INFRAÇÃO. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS PARA SUA FORMALIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. CONVICÇÃO DO JULGADOR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. ADOLESCENTES PARTICIPANTES DE EVENTO. NÃO AUTORIZAÇÃO. DESRESPEITO AO ALVARÁ. INFRAÇÃO TIPIFICADA NO ART. 258 DA LEI Nº 8.069/90. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO.***

**TJRN - Apelação Cível: AC 15958 RN 2005.001595-8**

*Julgamento:* 02/12/2008

*Órgão Julgador:* 2ª Câmara Cível

*Classe:* Apelação Cível

*APELAÇÃO CÍVEL Nº -1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE -NATAL/RN*

*APELANTE: DESTAQUE PROPAGANDA E PROMOÇÕES LTDA*

*ADVOGADOS: JOSÉ MAURÍCIO DE ARAUJO MEDEIROS E OUTROS*

*APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL*

*RELATOR: DESEMBARGADOR RAFAEL GODEIRO*

*EMENTA : PROCESSUAL CIVIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. AUTO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE PORTARIA JUDICIAL. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA DO AUTO DE INFRAÇÃO SUSCITADA PELA APELANTE. REJEIÇÃO. AUTUAÇÃO REALIZADA EM OBSERVÂNCIA AS REGRAS INSERTAS NO ART. 194 DO ECA. MÉRITO . EMPRESA PROMOTORA DO EVENTO QUE DESRESPEITOU AS NORMAS ELENCADAS NA PORTARIA Nº 08/99-GJ. RESPONSABILIDADE DA APELANTE EM FISCALIZAR O ACESSO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CARNATAL. PROVA DA PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇA NO EVENTO DESACOMPANHADA DOS PAIS OU RESPONSÁVEL E SEM PORTAR A DEVIDA AUTORIZAÇÃO POR ESCRITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. PORTARIA QUE NÃO VIOLOU A REGRA DO ART. 75 DA LEI Nº 8.069/90. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO APELO.*

## **Responsabilização pessoa jurídica**

*STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 937748 SC 2007/0070647-8*

*RECURSO ESPECIAL Nº 937.748 - SC (2007/0070647-8)*

*RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO*

*RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA*

*RECORRIDO : DANCETERIA CSP LTDA*

*ADVOGADO : JOSÉ HENRIQUE DAL CORTIVO*

*Data de Publicação:* 02/08/2007

*EMENTA*

*MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. REPRESENTAÇÃO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. DANCETERIA. PRESENÇA DE MENORES. ARTIGO 258, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. I - Com o objetivo de aplicação da sanção administrativa determinada pelo artigo 258, do Estatuto da*



*Criança e do Adolescente - ECA, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou representação contra a ora recorrida em razão de ter permitido o ingresso de menores em seu estabelecimento em situação irregular. II - Reformando a decisão de acolhimento do pedido, o Tribunal a quo decidiu pela ilegitimidade passiva por cuidar-se de pessoa jurídica, declarando a insubsistência da representação e do auto de infração que a instruiu. III - Possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, forte no precedente da Primeira Turma, REsp nº 679.912/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/09/06 sob o entendimento de que, "(...) o artigo 258 do ECA, embora logicamente expresse que a conduta infracional há de ser perpetrada mediante ato de pessoa física, até porque somente esta é dotada de vontade, expressamente condiciona tal conduta à pessoa jurídica, quando exige para sua configuração a qualidade de "responsável pelo estabelecimento ou empresário", não fazendo qualquer restrição ao sancionamento da pessoa fictícia envolvida (...)" .*

*IV - Recurso provido com o retorno dos autos ao Tribunal a quo , afastando-se a ilegitimidade declarada, para análise do mérito do recurso de apelação interposto pela DANCETERIA CSP LTDA.*

#### **Artigo 258-A -**

***Art. 258-A. Deixar a autoridade competente de providenciar a instalação e operacionalização dos cadastros previstos no art. 50 e no § 11 do art. 101 desta Lei:***

***Pena - multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais).***

***Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas a autoridade que deixa de efetuar o cadastramento de crianças e de adolescentes em condições de serem adotadas, de pessoas ou casais habilitados à adoção e de crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar.***

Para análise do dispositivo em comento, mister se faz cotizar os dispositivos legais aos quais se faz expressa remissão.

Dispõe o artigo 50, ECA, com redação que lhe foi dada pela lei 12.010/09:

*Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.*

Por seu turno, o artigo 101 do ECA, § 1º dispõe sobre as providências a serem tomadas pela autoridade judiciária em caso de crianças e adolescentes em situação de risco, quando estejam em programa de acolhimento:

*§ 11. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um cadastro contendo informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional sob sua responsabilidade, com informações pormenorizadas sobre a situação jurídica de cada um, bem como as providências tomadas para sua reintegração familiar ou colocação em família substituta, em qualquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.*

Os dispositivos em comento preconizam a organização dos cadastros de adoção e de casais habilitados para colocação de crianças e adolescentes em acolhimento institucional ou familiar quando estejam em situação de vulnerabilidade.

### **1 - Sujeito ativo:**

É a autoridade judiciária, ou seja, o juiz de direito da Vara da Infância e Juventude, ao qual incumbe o poder-dever de alimentar as informações dos cadastros de adoção e as informações relativas a crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente. Outrossim, impondo à Autoridade Central Estadual operacionalizar os cadastros e sua alimentação (art. 50, § 9º do ECA), entende-se que também pode ser responsabilizada<sup>194</sup>.

Na esteira do que vem sendo insistido no ponto atinente às infrações administrativas, por se tratar de responsabilidade objetiva, em tese, não há se perquirir sobre a existência de dolo para a configuração da violação.

O prazo estabelecido foi de noventa dias a partir da em vigor da alteração pela lei 12.010/09 (art. 259 do ECA, com a nova redação), prazo exíguo para que as Varas da Infância e Juventude, sob a coordenação da autoridade judiciária, pudessem se aparelhar estruturalmente para a implementação da novel legislação.

### **2 - Sujeito passivo:**

Imediatos: crianças e adolescentes, mormente aquelas que se encontram em situação de risco no aguardo das providências para garantia de seus direitos à convivência familiar e comunitária ou para colocação em família substituta; mediatos –

---

<sup>194</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. citada, página 517.

pais e responsáveis, no caso da possibilidade de restabelecimento dos vínculos familiares; casais cadastrados, interessados na adoção de crianças e adolescentes; Estado.

### **3 - Tutela Jurídica:**

O direito à convivência familiar.

Para garantia de tal direito, num primeiro momento (artigo 50), houve a preocupação com a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, na medida em que a infração visou proteger as crianças e adolescentes que estivessem em condições de serem adotadas e os casais que estivessem cadastrados no Juízo da Infância e Juventude, revelando verdadeiro interesse na adoção.

Num segundo momento (artigo 101, § 11), a lei exige a tomada de medidas visando o fortalecimento dos vínculos familiares, com a priorização nítida na sistemática do Estatuto em prestigiar a prevalência da família de origem.

### **4 - Cadastro de adoção:**

Em todas as Comarcas há que existir um cadastro com as pessoas interessadas na adoção, bem como a relação de crianças em acolhimento institucional ou familiar disponíveis para serem reintegradas a uma família substituta, quando seja impossível seu retorno à de origem.

A responsabilidade pela implementação dos dados do cadastro é exclusiva da autoridade judiciária, não podendo ser transferida a quaisquer de seus prepostos.

### **5 - Acolhimento familiar e institucional:**

O ECA, com a redação da nova lei 12.010/09, fez expressa previsão dos programas de *acolhimento familiar*, para famílias devidamente registradas e cadastradas pelo juízo da infância e juventude, cumpridos os requisitos legais<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

<sup>1º</sup> A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.

<sup>2º</sup> Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.

O *acolhimento institucional*, por outro lado, envolve a colocação de crianças e adolescentes em entidades, quando não seja possível sua manutenção com a família natural ou quando esgotadas as possibilidades de inserção na família natural extensa ou mesmo a impossibilidade de acolhimento familiar prévio.

Ambas as modalidades de acolhimento são temporárias, considerando a preocupação do ECA em prestigiar a família natural.

#### **5 - Providências tomadas para reintegração familiar ou colocação em família substituta:**

A questão do cadastro está vinculada à garantia da excepcionalidade do acolhimento e preocupação com a reintegração da criança e adolescente à família natural ou extensa. Para essa garantia, no entanto, devem ser cotizadas as medidas de proteção que foram aplicadas aos responsáveis e acolhidos, bem como o tempo de acompanhamento expendido pelo Juízo na tentativa de solução da problemática, a fim de otimizar as providências, cujo prazo não deve, em caso de acolhimento, passar de dois anos (art. 19, § 2º do ECA).

Desde que fique demonstrada a inviabilidade da manutenção ou do retorno da criança ou adolescente à família de origem, a lei exige que seja viabilizada sua colocação em família extensa ou substituta.

#### **7 - Deixar de efetuar cadastramento:**

A conduta principal relaciona-se à omissão da autoridade judiciária em implementar e estruturar os cadastros de adoção da comarca, bem como das crianças e adolescentes em condições de serem colocadas em família substituta.

O parágrafo único prevê outra modalidade de conduta, na qual há uma omissão quanto ao cadastramento de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas; de pessoas ou casais habilitados à adoção; de crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar.

Ou seja, nesta última modalidade, o cadastro já foi implementado e estruturado, no entanto a conduta omissiva consiste em deixar de efetuar o devido cadastramento das crianças, adolescentes, casais e pessoas interessadas, pouco importando a existência de dolo, diante da responsabilidade objetiva.

**8 - Multa:**

A multa prevista à espécie deve recair sobre a pessoa do magistrado responsável pelas funções de implementação, estruturação do cadastro e ao devido cadastramento de pessoas a este.

**9 - Competência originária**

Por se tratar de sujeito ativo com foro de prerrogativa de função, a aplicação e o processamento da infração escapa da competência da Justiça da Infância e Juventude, muito embora o direito constitucional de representação seja amplo a levar ao conhecimento das autoridades competentes a notícia do cometimento da infração administrativa.

**Artigo 258-B -**

*Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção:*

*Pena - multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais).*

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo.*

---

**1 - Sujeitos ativos:**

*Médico*, profissional habilitado com diploma em ciências médicas, independente da especialização. Embora a hipótese sugira a prática da conduta por profissional da área da pediatria, nada impede que um plantonista que exerça a atividade, ainda que sem

especialização, incorra na mesma conduta. *Enfermeiro* é o profissional com bacharelado em auxiliar de enfermagem que trabalhe no estabelecimento de atenção de saúde à gestante. *Dirigente* da entidade trata-se daquele responsável por esta, independente da sua qualificação profissional, desde que exerça atividade de gestão e a ele chegue a notícia do desejo de entrega de criança ou adolescente a adoção, por gestante que esteja internada na unidade.

O parágrafo único menciona também como sujeito ativo o *funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar*, ao qual, independente de sua qualificação profissional, incumbe o dever de informar à autoridade judiciária os casos de gestantes que pretendam entregar seus filhos à adoção, evitando-se a propagação de adoções irregulares, com burla ao cadastro, à brasileira, ou mesmo o tráfico de crianças.

## **2 - Sujeitos passivos:**

Imediato – o neonato, a criança recém-nascida no exercício de seu direito à convivência familiar reconhecido desde a gestação (art. 7º, ECA)<sup>196</sup>. Mediato – pessoas e casais cadastrados à adoção; Poder Público.

## **3 - Tutela jurídica:**

Direito à convivência familiar e respeito ao cadastro de adoção.

Embora o artigo se ocupe com que o direito à convivência familiar do recém-nascido seja resguardado, é certo que há uma preocupação de que o processo (no sentido leigo) de adoção siga seus trâmites legais normais e que seja devidamente dirigida por uma autoridade judiciária, cercando-se o procedimento de todas as garantias e instrumentalidades previstas no ECA, mormente no que se refere à regularidade do cadastro de adoção.

Tal infração visa impedir que tais regras estabelecidas com o único princípio de atender o interesse primordial das crianças sejam violadas, uma vez que a adoção deve ser tomada no interesse de crianças e adolescentes e não necessariamente dos casais.

---

<sup>196</sup> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Outro fundamento da exigência deriva da circunstância de que a adoção regular será analisada por profissionais especializados da área de psicologia e assistência social, especialmente para garantir a viabilidade da colocação da criança em família substituta.

### 3 - Adoção “intuitu personae”:

A proteção trazida pelo tipo pretende ter efeitos sobre os casos de adoção, especialmente em relação àquelas em que se buscam facilidades como a burla do cadastro de adoção.

Dentre inúmeras razões para refutar essa prática, podemos citar que a precedência do mais antigo cadastrado é intuitiva, sem ignorar a sistemática trazida pelo ECA que exige o cadastramento, documentos, avaliação e preparo que legitimam o(s) pretendente(s) à adoção<sup>197</sup>. Também é preciso ter claro que o direito da entrega de criança à família substituta é da Justiça e não do particular, exceto quando da indicação para família extensa. Somente se justifica a burla em situações específicas, devidamente previstas em lei<sup>198</sup>.

Ademais, aqueles que se servem dessas formas pouco usuais ou regulares para aproximação de pessoas interessada em entrega do filho, inclusive com prestação financeira para obtenção da entrega, ou não preenchem os requisitos subjetivos à adoção ou mesmo podem ser incursos em crimes específicos<sup>199</sup>.

<sup>197</sup> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

<sup>198</sup> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

.....  
§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

<sup>199</sup> Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

Nesses casos, deve caber atenção aos pedidos de guarda de crianças pequenas ou recém nascidos, quando pode estar implícito o início da convivência de forma a justificar, posteriormente com o vínculo constituído, o pedido de adoção, e deve ser muito bem avaliado pelos profissionais, especialmente pelos técnicos do juízo. Nesses casos, pode ser inclusive tomada iniciativa para retirada da criança e colocação em família substituta, mediante pedido de busca e apreensão.

#### **4 - Estabelecimento de saúde à gestante<sup>200</sup>:**

O Estatuto da Criança e do Adolescente preocupou-se em diversos artigos com a saúde da gestante e do embrião, tanto que explicitamente albergou um verdadeiro sistema de proteção e atenção, pré e perinatal.

Nesse contexto, a saúde da gestante deve ser observada desde o início da gravidez, como desdobramento do próprio direito à vida e à saúde do infante, ainda que

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

<sup>200</sup> Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Art. 12. Os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente.

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Parágrafo único. É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.



na fase gestacional. Para tanto, o ECA exige unidades especializadas para o atendimento de saúde da gestante (arts. 8º, 9º e 10).

Desse modo, está estabelecido que a qualquer estabelecimento de atenção à saúde da gestante, seja ele hospital, pronto-socorro ou unidade básica de saúde, compete o dever de informar à autoridade judiciária todos os casos em que tomar conhecimento do interesse que a gestante tem da entrega de seu filho à adoção, evitando formas irregulares de colocação de recém nascido em família substituta.

### **5 - Programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar<sup>201</sup>:**

Como decorrência do incentivo ao fortalecimento dos vínculos familiares, o ECA prevê diversos programas que preconizam o atendimento de crianças e responsáveis, visando ao desenvolvimento e fortalecimento dos vínculos familiares, considerando a priorização da família natural, antes da excepcional colocação em família substituta.

Logo, compete a qualquer profissional da área da assistência social, psicologia ou áreas afins, sejam dirigentes ou funcionários, que venha a tomar conhecimento a respeito do interesse da gestante em entregar seu futuro filho à adoção, o dever de informar à autoridade judiciária para que seja observado o trâmite normal da adoção, com as devidas garantias processuais, acentuadas com o advento da nova lei 12.010/09.

### **6 - Deixar de efetuar imediato encaminhamento:**

A infração administrativa em comento faz expressa menção à necessidade de imediato encaminhamento do caso à autoridade judiciária para a tomada das providências cabíveis ao caso, mormente para a jurisdicionalização da entrega da criança à família substituta.

Muito embora a infração administrativa não faça expressa menção do tempo exato que deve ser observado para essa comunicação – 24 horas ou 48 horas – o certo é que o caso concreto e o hiato levado a efeito para o empreendimento da comunicação à

---

<sup>201</sup> Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

....

VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;

autoridade judiciária demonstraram a efetiva configuração da omissão apta a dar ensejo à aplicação da sanção administrativa.

Acrescente-se ainda que no caso de o profissional informar o Conselho Tutelar, que faz parte do sistema de garantias da criança e adolescente, entende-se que não haveria como se caracterizar a infração, uma vez que cabe a esse, por dever de ofício, encaminhar a notícia ao juízo ou ao MP.

#### **7 - Mãe ou gestante – interesse na entrega de filho à adoção:**

A infração administrativa faz expressa menção a mãe ou gestante, ou seja, à pessoa que quer entregar seu filho à adoção ou àquela que ainda não deu à luz, mas pretende entregar o seu futuro filho à adoção.

No caso da gestante, apenas será exigível a comunicação do médico, enfermeiro ou dirigente da entidade especializada de atendimento. Em se tratando de mãe, a responsabilidade se estende ao programa oficial ou comunitário de incentivo à convivência familiar.

É importante frisar que a caracterização do interesse da gestante ou mãe se demonstra a partir da intencionalidade na entrega do filho, seja quando expressa de modo inequívoco o interesse, como também nos casos em que sua conduta deixa clara a intenção de fazê-lo, tudo avaliado no contexto da doutrina da proteção integral.

## **DOS CRIMES PREVISTOS NO ECA**

## Capítulo 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS

### *Disposições Gerais*

*Art. 225. Este Capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal.*

*Art. 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.*

*Art. 227. Os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada*

A previsão dos crimes específicos contra a criança e o adolescente em capítulo próprio da Lei 8.069/90 é uma manifestação do fenômeno da expansão do Direito Penal, que se caracteriza notadamente pela tutela de bens supraindividuais, mas também, como no caso do Estatuto, pela edição de tipos penais destinados à proteção de novas violações e novos riscos a bens jurídico-penais tradicionais, relacionados a direitos fundamentais assegurados com absoluta prioridade aos menores de 18 anos.

Estamos diante do denominado Direito Penal Secundário, integrado por leis penais extravagantes, o que, se de um lado, acarreta inegável prejuízo à sistematização da legislação penal, de outro, possibilita a atualização mais ágil dos tipos penais. Demais disso, novas ameaças a interesses de crianças e adolescentes reclamam do legislador o emprego de tipos penais abertos, omissivos e de perigo abstrato, para a efetividade da tutela penal.

É o que se verifica no Estatuto da Criança e do Adolescente. Como adiante se verá, dentre os 21 tipos penais previstos no Capítulo I do Título VII, da Lei 8.069/90, vários são crimes omissivos próprios e outros tantos são de perigo abstrato. O legislador ainda se vale, em diversas descrições típicas, de elementos normativos, que exigem uma valoração jurídica ou cultural do intérprete.

Como se sabe, a tutela penal dos interesses essenciais da criança e do adolescente não se esgota com a previsão de crimes no Estatuto. O Código Penal já

contemplava e ainda contempla tipos penais que ostentam menores de 18 anos como sujeitos passivos, bem como especial condição de criança ou adolescente como circunstância qualificadora, causa de aumento de pena ou ainda como circunstância agravante (art. 61, inciso II, letra “h”, do Código Penal). Também em tipos penais previstos na legislação penal especial encontram-se previstas determinadas qualificadoras tendo por objeto material o menor de 18 anos (v.g., art. 40, VI, da Lei 11.343/06 e o art. 4º, II, da Lei 9.455/97).

Desde a sua entrada em vigor, o capítulo do Estatuto que trata dos crimes contra a criança e o adolescente sofreu diversas alterações: a Lei 9.975, de 23 de junho de 2000, incluiu o art. 244-A (crime de exploração sexual de criança ou adolescente, hoje tacitamente revogado); a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, revogou o art. 233; a Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003, alterou o caput e os preceitos secundários dos artigos 240 e 241, acrescentou o parágrafo único ao artigo 239 e parágrafos aos artigos 240 e 24, bem como modificou as penas previstas para os delitos previstos nos artigos 242 e 243; a Lei 11.829, de 25 de novembro de 2003, alterou os artigos 240 e 241 e acrescentou os artigos 241-A a 241-E; por derradeiro, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, incluiu o art. 244-B ao Estatuto.

Entre as disposições preliminares, o conteúdo do art. 225 do ECA seria supérfluo, eis que, pela própria leitura dos tipos penais, se constata que se cuida de crimes tendo por sujeitos passivos crianças ou adolescentes. Ademais, também se identifica claramente a presença de crimes comissivos e omissivos. A ressalva no final do dispositivo é desnecessária, pois, havendo conflito aparente de normas, tem lugar o princípio da especialidade. Guilherme de Souza Nucci considera referida norma um dispositivo de precaução: o Estatuto cederá sempre quando houver lei penal mais específica cuidando do mesmo tema<sup>202</sup>.

O art. 226 é uma repetição do disposto no art. 12 do Estatuto Repressivo e do art. 1º do CPP. As regras gerais da Parte Geral e as normas pertinentes ao CPP têm incidência quando o Estatuto não dispuser de modo diverso. Destaque-se que não há qualquer previsão no ECA de procedimento específico para apuração infração penal contra a criança ou adolescente, cuja competência para processo e julgamento é da Vara Criminal e não da Vara da Infância e da Juventude.

---

<sup>202</sup> *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 235-236.

Por fim, o artigo 227 do ECA parece-nos inútil, eis que não há, em qualquer tipo penal previsto neste capítulo, a ressalva que o crime se apura somente mediante representação ou queixa.

Não há rubrica lateral nos dispositivos e a denominação dos crimes é dada pela doutrina, o que se apresenta a seguir como uma introdução a cada um dos tipos penais analisados.

## Capítulo 2 – DOS CRIMES EM ESPÉCIE

### Artigo 228 -

*Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:*

*Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.*

*Parágrafo único. Se o crime é culposo:*

*Pena- detenção de 2 (dois) a 6 (seis) meses, ou multa.*

---

### Denominação:

O crime em tela recebe da doutrina a denominação de omissão do registro de atividades ou do fornecimento da declaração de nascimento<sup>203</sup>, ou de omissão de

---

<sup>203</sup> CONDACK, Claudia Canto. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 859. FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 526.

documentos à gestante<sup>204</sup>, ou ainda de omissão de registro e de fornecimento de declaração de nascimento<sup>205</sup>.

### **Objetividade jurídica:**

Tutela-se a vida e a saúde da criança recém-nascida. A dignidade penal dos bens jurídicos protegidos exsurge do artigo 227 da Lei Maior, dispositivo constitucional que os assegura, com prioridade absoluta, à criança e ao adolescente. O direito à vida e à saúde, direitos fundamentais da criança e do adolescente, são igualmente assegurados no Capítulo I da Parte Geral do ECA, em seus artigos 7º a 14, destacando-se as normas que impõem cuidados especiais à gestação, bem como durante e após o nascimento, visando o desenvolvimento normal, sadio e harmonioso, do neonato até o final da sua adolescência (arts. 8º, 9º e 10 da Lei 8.069/90). De modo reflexo, protege-se a saúde da gestante e o legítimo interesse dos pais da criança no conhecimento de todas as intercorrências do parto e do desenvolvimento do recém-nascido.

### **Sujeito ativo:**

Cuida-se de crime próprio. Com efeito, o tipo penal refere-se ao encarregado do serviço e ao dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante. Somente podem cometer o delito os agentes com tais qualificações. O encarregado de serviço não é necessariamente um médico ou um enfermeiro, recaindo a norma de proibição, no mais das vezes, sobre o funcionário administrativo do hospital ou do estabelecimento de atenção à saúde de gestante, a quem incumba a manutenção do registro das atividades desenvolvidas ou a entrega da declaração de nascimento. Poderá haver dificuldades na identificação do encarregado de serviço, pois nem todas as entidades o possuem ou porque não são formalmente qualificados como tal, sendo, então, necessário buscar-se o efetivo responsável pela guarda e entrega dos documentos que constituem os objetos materiais do delito.

A punição do dirigente reveste-se de maior complexidade, pois depende de prova de seu conhecimento acerca da não manutenção dos registros obrigatórios e da não entrega da declaração de nascido vivo. O dirigente do estabelecimento é um profissional da área de saúde ou um administrador de empresas, e poderá incidir na

---

<sup>204</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 24.

<sup>205</sup> CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 743.

conduta incriminada o diretor-geral, diretor-médico ou diretor-administrativo, desde que, qualquer um deles, exerça a atividade de gerência do estabelecimento de atendimento à saúde da gestante, representando-o juridicamente, tendo agido com dolo ou culpa.

Cumpra aqui registrar as contundentes críticas de Alberto Silva Franco e Sebastião Oscar Feltrin<sup>206</sup>, secundados por Cláudia Canto Condack<sup>207</sup>, os quais apontam para a indeterminação do sujeito ativo no tipo penal em tela, o que afrontaria o princípio da legalidade. Não se comunga aqui do respeitável entendimento, eis que a descrição típica não encerra a impossibilidade de aferir-se quem, dotado da especial qualificação exigida, é responsável subjetivamente pelas condutas incriminadas.

#### **Sujeito passivo:**

É a criança recém-nascida. O Estado é o sujeito passivo mediato do delito, pois lhe incumbe o dever de tutela dos direitos da criança e do adolescente, nos termos do art. 227 da Constituição Federal. São sujeitos passivos secundários a gestante, ou seu eventual responsável, e o pai do neonato, os quais possuem o interesse em ter conhecimento de todas as atividades desenvolvidas e das intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato.

#### **Tipo objetivo:**

O núcleo do tipo é o verbo **deixar** (não realizar, não fazer, não considerar, em suma, omitir, abster-se), que se relaciona com duas condutas distintas, mas derivadas da desobediência aos preceitos do artigo 10, inciso I e IV, do ECA, que obrigam hospitais e demais estabelecimento de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, a **manter** (preservar, conservar) **registro das atividades desenvolvidas, em prontuários individuais** (o que pode ser levado a efeito de qualquer forma, inclusive através de CD ou DVD), **pelo prazo de 18 anos**, e a **fornecer** (entregar) **declaração de nascimento** (declaração de nascido vivo), **onde constem necessariamente as intercorrências do parto e informações relativas ao desenvolvimento do neonato**, visando ao desenvolvimento sadio e harmonioso do recém-nascido, concretizando os seus direitos fundamentais à vida e à saúde. Trata-se de norma penal em branco em sentido lato,

---

<sup>206</sup> *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 527.

<sup>207</sup> *Curso de direito da criança e do adolescente*, p. 860.



segundo o escólio de Luiz Regis Prado, ou de tipo remetido conforme o entendimento de Guilherme de Souza Nucci<sup>208</sup>.

O crime é omissivo próprio nas duas condutas incriminadas, não se admitindo, por tal, motivo, a tentativa. Consuma-se o delito no momento em que o agente deixa de manter o registro das atividades desenvolvidas, pouco importando que o parto tenha ocorrido ou não naquele hospital ou estabelecimento de atenção à saúde de gestante, ou quando o sujeito ativo deixa de entregar à parturiente a declaração de nascido vivo com as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato, aqui se exigindo que o parto tenha ocorrido no próprio estabelecimento, configurando-se, então, o delito quando houver alta médica, não havendo necessidade de se comprovar o perigo aos bens jurídicos protegidos. É um crime de mera conduta e de perigo abstrato. No que tange comportamento típico consistente em deixar de manter o registro das atividades desenvolvidas, o crime é instantâneo de efeitos permanentes, o que significa dizer que sua consumação não se protraí durante os 18 anos em que os registros devem ser mantidos.

Com relação à declaração de nascido vivo, cumpre frisar que se cuida de um formulário padronizado e numerado, emitido em três vias, uma delas entregue à parturiente e na qual devem estar contidas as intercorrências do parto. A relevância da declaração é ímpar, pois, através da segunda via, se providenciará o registro civil da criança, que ficará arquivada na serventia extrajudicial. O seu fornecimento a destempo não supre a omissão anterior, eis o crime já está consumado<sup>209</sup>.

### **Tipo subjetivo:**

A forma dolosa é prevista no *caput* do dispositivo, não se exigindo qualquer fim especial de agir, bastando a vontade livre e consciente de realizar as condutas descritas. O parágrafo único prevê a punição a título de culpa, na modalidade negligência, consistente na inobservância do dever objetivo de cuidado na manutenção dos registros obrigatórios e na falta de entrega da declaração de nascimento, o que pode ocorrer quando o agente se esquece do cumprimento destas obrigações.

### **Pena:**

---

<sup>208</sup> *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 236.

<sup>209</sup> Confira-se a respeito: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 31.

O preceito secundário do *caput* comina a pena de detenção de seis meses a dois anos, enquanto no parágrafo único o crime é apenado com detenção de dois a seis meses, com pena de multa alternativa. Tanto na sua forma dolosa quanto na culposa, a infração penal é de menor potencial ofensivo, admitindo-se a transação penal e a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei 9.099/95.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Conceito de funcionário público**

*TJRS - Apelação Crime Nº 70036545010*

*Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS*

*Relator: Gaspar Marques Batista*

*Julgado em 19/08/2010*

*APELAÇÃO. CONCUSSÃO. MÉDICO. PACIENTE. SUS. CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LEI Nº 9.983/2000. SUJEITO ATIVO NÃO CARACTERIZADO. DELITO ANTERIOR À LEI 9.983/00. ESTELIONATO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ART. 228 DO ECA E ART. 288, CAPUT, DO CP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO. Somente a partir da Lei nº 9.983, de 14/07/2000, é que os médicos e administradores de hospitais passaram a ser equiparados a funcionários públicos, não se enquadrando no anterior conceito do art. 327 do CP, que era mais restrito. Fatos denunciados, anteriores à lei, configuram atipicidade, por não restar caracterizado o sujeito ativo do delito, que é o funcionário público. Assim vem decidindo esta Câmara Criminal, embora entendimento contrário do relator. Ausência de provas seguras, quanto aos demais crimes. Recurso do Ministério Público improvido. Extinta a punibilidade, pela prescrição em abstrato, em relação aos delitos do art. 228 do ECA e art. 288, caput, do CP.*

### **Menor potencial ofensivo**

*TJRS - Apelação Crime Nº 70005755905*

*Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do RS*

*Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak*

*Julgado em 30/06/2003*

*INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. NOVA DEFINIÇÃO DADA PELA LEI 10.259/01. Art. 228 LEI 8069/90 - ECA Com o advento da nova lei, houve*

*derrogação tácita do art. 61, da Lei 9.099/95, ampliando-se o conceito de infrações de menor potencial ofensivo. Aplicação na Justiça Estadual, por força do princípio da isonomia art. 5º, CF) e art. 2º, §1º da LICC. Lei mais benéfica. Vigência imediata e retroativa. A competência para o exame da inconformidade é das Turmas Recursais Criminais. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA.*

### **Direito da parturiente – ação cautelar**

*TJRS - Apelação Cível N° 598212215*

*Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS*

*Relator: Alzir Felipe Schmitz*

*Julgado em 13/04/2000*

*AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PEDIDO DE ENTREGA DE DECLARAÇÃO DE NASCIMENTO PELO HOSPITAL ONDE SE DEU O PARTO. Art. 228 do ECA. É direito da parturiente ou seu responsável, por ocasião da alta médica, receber da instituição hospitalar e do médico a declaração de nascimento onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato. Primeiro apelo não-provido e segundo, não-conhecido.*

### **Extinção da punibilidade**

*TJRS - APELAÇÃO CRIME - N° 70036545010*

*QUARTA CÂMARA CRIMINAL*

*COMARCA DE GIRUÁ*

*MINISTERIO PUBLICO - APELANTE*

*CLAUDIO ALFREDO KONRAT - APELADO*

*Porto Alegre, 19 de agosto de 2010*

*APELAÇÃO. CONCUSSÃO. MÉDICO. PACIENTE. SUS. CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LEI N° 9.983/2000. sujeito ativo não caracterizado. delito anterior À lei 9.983/00. estelionato e falsidade ideológica. ausência de provas. art. 228 do eca e art. 288, caput, do cp. extinção da punibilidade. prescrição em abstrato.*

*Somente a partir da Lei n° 9.983, de 14/07/2000, é que os médicos e administradores de hospitais passaram a ser equiparados a funcionários públicos, não se enquadrando no anterior conceito do art. 327 do CP, que era mais restrito. Fatos denunciados, anteriores à lei, configuram atipicidade, por não restar caracterizado o sujeito ativo do delito, que é o funcionário público. Assim vem decidindo esta Câmara Criminal, embora entendimento contrário do relator. Ausência de provas seguras, quanto aos*

*demais crimes. Recurso do Ministério Público improvido. Extinta a punibilidade, pela prescrição em abstrato, em relação aos delitos do art. 228 do ECA e art. 288, caput, do CP.*

#### **Artigo 229 -**

***Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:***

***Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

***Parágrafo único. Se o crime é culposo:***

***Pena - detenção de 2 (dois) a 6 (seis) meses, ou multa.***

---

#### **Denominação:**

O crime em tela recebe da doutrina a denominação de omissão de identificação do neonato e da parturiente ou de exames necessários<sup>210</sup>, ou de omissão de identificação e de exames por ocasião do parto<sup>211</sup>, e de não identificação do neonato e da parturiente<sup>212</sup>.

#### **Objetividade jurídica:**

Na primeira parte do dispositivo protege-se o estado de filiação, a segurança na identificação do recém-nascido e da gestante; na segunda parte tutela-se o direito à vida e à saúde do neonato.

#### **Sujeito ativo:**

---

<sup>210</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 528.

<sup>211</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 34.

<sup>212</sup> CHAVES, Antonio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*, p. 744.

Também aqui estamos diante de um crime próprio. Exige-se especial qualificação dos agentes da infração penal, a qual somente poderá se cometida por médico, enfermeiro (profissional que possui o curso superior de enfermagem, não recaindo a norma de proibição no atendente ou no auxiliar de enfermagem) ou pelo dirigente do estabelecimento de atenção à saúde da gestante.

No que tange à responsabilização penal do dirigente, reiteram-se neste particular os comentários sobre o crime do art. 228 do ECA, observando-se, em acréscimo, que o tipo penal em comento apresenta uma exigência para a punição do sujeito ativo, qual seja, que a omissão ocorra *por ocasião do parto*, bem como que dificilmente um diretor administrativo tenha a incumbência de realizar pessoalmente as obrigações preconizadas. De toda sorte, o dirigente do estabelecimento de atenção à gestante somente incidirá nas condutas incriminadas quando tiver conhecimento da não identificação e da não realização dos exames, omitindo-se, dolosa ou culposamente, caso se envolva diretamente nas tarefas exigidas no artigo 10, incisos II e III do ECA. Um médico poderá ainda determinar que se realize um exame necessário, o que não é levado a efeito pelo enfermeiro, que responderá pelo crime, dolosa ou culposamente.

#### **Sujeito passivo:**

Na primeira parte do dispositivo, a criança recém-nascida, o genitor e a gestante são os sujeitos passivos do crime. Na segunda parte, apenas o neonato é o titular dos bens jurídicos protegidos. O Estado é o sujeito passivo mediato do delito, pois lhe incumbe o dever de tutela dos direitos da criança e do adolescente, nos termos do art. 227 da Constituição Federal. São sujeitos passivos secundários da segunda figura típica a gestante e o pai do neonato, os quais possuem o interesse em que os exames necessários sejam realizados.

#### **Tipo objetivo:**

O núcleo do tipo é o verbo **deixar** (não realizar, não fazer, não considerar, em suma, omitir, abster-se), que se une a duas condutas distintas, agora derivadas da desobediência aos preceitos do artigo 10, inciso II e III, do ECA, que obrigam hospitais e demais estabelecimento de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, **a identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela**

**autoridade administrativa competente, e a proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem com prestar orientação aos pais,** levando em mira visando ao desenvolvimento sadio e harmonioso do recém-nascido, concretizando seus direitos fundamentais à vida e à saúde e o direito à sua segura identificação, evitando, assim, a troca de bebês. Da mesma forma que o delito anterior, estamos diante de uma norma penal em branco em sentido lato ou de um tipo remetido.

O crime é omissivo próprio nas duas condutas incriminadas, não se admitindo, por tal, motivo, a tentativa. Consuma-se o delito no momento (*por ocasião do parto*) em que o agente deixa de identificar de modo correto o neonato e a parturiente ou deixa de realizar os exames necessários para o diagnóstico e a terapêutica de eventuais anormalidades no metabolismo da criança recém-nascida, não se prestando, em razão disso, a devida orientação aos pais. Não há necessidade de se comprovar o perigo aos bens jurídicos protegidos. É um crime de mera conduta e de perigo abstrato.

Conforme visto acima, a declaração de nascido vivo é um documento de suma importância para a identificação do neonato, tanto assim que as suas impressões plantar e digital e a impressão digital da mãe são apostas em sua primeira via. Por outro norte, existem exames cuja realização é obrigatória para o diagnóstico e tratamento de doenças congênicas, tais como o conhecido “teste do pezinho”, destinado a detectar a fenilcetonúria, doença genética, autossômica recessiva, que se caracteriza pela ausência ou déficit da enzima fenilalanina hidroxilase, e, se não tratada, pode acarretar oligofrenia, atraso no desenvolvimento psicomotor e micro-encefalia. Outro exame de realização compulsória, nos termos da Lei 12.303, de 02 de agosto de 2010, é o de emissões otoacústicas evocadas, as quais permitem aferir a integridade do mecanismo auditivo. Deixar de proceder a tais exames, configura o delito do art. 229 do ECA.

***Tipo subjetivo:***

A forma dolosa é prevista no *caput* do dispositivo, não se exigindo qualquer fim especial de agir, bastando a vontade livre e consciente de realizar as condutas descritas. O parágrafo único prevê a punição a título de culpa, na modalidade negligência, consistente na inobservância do dever objetivo de cuidado na identificação correta do neonato e da parturiente ou na realização dos exames exigidos, o que pode ocorrer quando o agente se esquece do cumprimento destas obrigações ou pratica as atividades reclamadas com desídia, dando azo, v.g., à identificação equivocada do recém-nascido e

da gestante. Vislumbra-se ainda a possibilidade de imperícia do médico ou do enfermeiro na coleta de material, o que acarreta a não realização dos exames necessários<sup>213</sup>.

#### **Pena:**

O preceito secundário do *caput* comina a pena de detenção de seis meses a dois anos, enquanto no parágrafo único o crime é apenado com detenção de dois a seis meses, com pena de multa alternativa. Tanto na sua forma dolosa quanto na culposa, a infração penal é de menor potencial ofensivo, admitindo-se a transação penal e a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei 9.099/95.

#### **Artigo 230 -**

***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 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

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

---

#### **Denominação:**

O crime é denominado na doutrina de privação da liberdade de criança ou de adolescente fora dos casos permitidos ou sem a observância das formalidades legais<sup>214</sup>, de privação ilegal da liberdade de criança ou adolescente<sup>215</sup>, ou de privação indevida de liberdade de criança ou adolescente<sup>216</sup>.

#### **Objetividade jurídica:**

<sup>213</sup> Nesse sentido: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 39.

<sup>214</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 528.

<sup>215</sup> CONDACK, Claudia Canto. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 863.

<sup>216</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 40.

Tutela-se a liberdade de locomoção da criança e do adolescente, o seu direito de ir e vir, dimensão de seu direito fundamental à liberdade, cuja dignidade penal exsurge do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, sendo ainda assegurado pelos artigos 15 e 16 do Estatuto.

**Sujeito ativo:**

Na figura típica prevista no *caput* do dispositivo, o crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, eis que a apreensão da criança ou do adolescente poderá ser levada a efeito por pessoa que não é necessariamente agente da autoridade, embora se reconheça que, no mais das vezes, os agentes públicos estarão mais sujeitos ao cometimento da infração penal em questão.

Por sua vez, a conduta equiparada do parágrafo único exige especial qualificação do sujeito ativo, cuidando-se de crime próprio. Com efeito, a conduta incriminada reclama que a apreensão seja realizada sem a observância das formalidades legais, depreendendo-se que apenas o agente público incumbido do ato, que possui o dever de cumpri-las, incidirá na infração penal, ainda que ocorra flagrante de ato infracional ou exista ordem escrita da autoridade judiciária competente.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou adolescente.

**Tipo objetivo:**

Pune-se a conduta de **privar** (despojar, tolher, retirar) a criança ou adolescente de sua liberdade de ir e vir, ao se proceder a sua apreensão sem que haja situação de flagrante de ato infracional ou quando não existe ordem escrita da autoridade judiciária competente.

Conforme dispõe o Estatuto (art. 103), considera-se ato infracional a conduta descrita em lei como crime ou contravenção penal, que é praticada pela criança ou adolescente. O artigo 105 do ECA preceitua que a criança que comete o ato infracional fica sujeita à aplicação de medidas de proteção elencadas no artigo 101 do diploma legal. Por sua vez, ao adolescente que perpetra o ato infracional serão destinadas as medidas socioeducativas previstas no art. 112, incisos I a VII, do ECA (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e



qualquer uma das medidas protetivas do art. 101, incisos I a VI). Estabelece ainda a norma estatutária do art. 106, *caput*, que nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, dispositivo que trata especificamente de direito fundamental do adolescente à liberdade em consonância com o art. 5º, LXI, da Lei Maior.

A palavra “apreensão” encerra um elemento normativo do tipo, que reclama uma valoração jurídica do intérprete. Apreender é o mesmo que capturar, reter, deter, prender. As situações que podem ensejar a apreensão em flagrante pela prática do ato infracional são aquelas previstas no art. 302 do CPP. A ordem emanada da autoridade judiciária competente (juiz da Vara da Infância e da Juventude do local da ação ou omissão) que determina a apreensão do adolescente poderá ser decorrente de um decreto de internação provisória (artigos 108, 183, 184, *caput*, e 185 do ECA); de uma busca ou apreensão nos termos do art. 184, § 3º, do Estatuto; da aplicação da internação por prazo indeterminado em sentença condenatória proferida em processo de apuração por ato infracional, em consonância com o disposto no art. 121, notadamente em seus parágrafos 2º e 3º, e no art. 122, incisos I e II, do Estatuto; e da decretação, em execução, da denominada internação-sanção, com prazo determinado (máximo de 3 meses), consoante o art. 122, inciso III, do Estatuto.

Assinale-se que a criança jamais poderá ser apreendida pela prática de ato infracional, em flagrante ou por ordem da autoridade judiciária, eis que não sujeita a medidas socioeducativas, mas somente a medidas protetivas elencadas no art. 101, I a VI, do ECA, devendo ser encaminhada ao Conselho Tutelar, que possui a atribuição para seu atendimento e determinação das ações ou inclusão em programas assistenciais, nos termos do art. 136, inciso I, do Estatuto.

Por tal razão, Claudia Canto Condack critica a previsão da criança como sujeito passivo do delito em tela, reputando que a privação de sua liberdade configura o crime do art. 148, § 1º, do inciso IV, do Código Penal<sup>217</sup>. Por outro norte, Guilherme de Souza Nucci vislumbra no crime do art. 230 do ECA uma modalidade mais branda do crime de sequestro ou cárcere privado, mas que não se confunde com a norma do Estatuto Repressivo, pois apreender não significa colocar em cárcere: “*Em outros termos, quem*

---

<sup>217</sup> CONDACK, Claudia Canto. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 864.

*fizer a apreensão do menor, sem as formalidades legais (cf. art. 106 desta Lei), incide na figura do art. 230. Aquele que privar o menor de 18 anos de sua liberdade, inserindo-o em cárcere, deve responder pelo art. 148, § 1º, do inciso IV, do Código Penal, com a pena mais grave. Insistimos: a mera apreensão (retenção, prisão por algumas horas, detenção para averiguação) configura o delito do art. 230; outras formas mais duradouras de privação de liberdade equivalem, em nosso entendimento, ao sequestro ou cárcere privado”<sup>218</sup>. Este posicionamento parece-nos consentâneo com a interpretação sistemática dos dispositivos do ECA acima mencionados e com o tipo previsto no art. 148 do CP, o qual, somando-se à aplicação do princípio da especialidade no conflito aparente de normas penais, permite preconizar a seguinte solução: se a criança for apreendida, mas sem ser colocada em cárcere, o agente incidirá nas penas do artigo 230 do Estatuto; se for apreendida e inserida em cárcere, o agente responderá pelo crime de sequestro ou cárcere privado na sua forma qualificada.*

O crime de privação indevida da liberdade de criança ou de adolescente é permanente, perdurando a consumação enquanto o menor de 18 anos estiver tolhido de sua liberdade de locomoção. Cuida-se ainda de crime material, cometido mediante ação, exigindo o resultado naturalístico consistente na privação de liberdade da vítima, e de dano, pois lesa o bem jurídico tutelado. Admite-se o *conatus*, podendo, malgrado raramente, desdobrar-se a conduta em diversos atos.

No parágrafo único do art. 230 pune-se o agente que procede à apreensão sem observar as formalidades legais. Nesta figura equiparada há a situação de flagrante de ato infracional ou a ordem escrita da autoridade competente, mas o sujeito ativo deixa de cumprir determinadas normas estatutárias. As formalidades legais da apreensão de que trata o tipo penal são preceituadas pelos seguintes dispositivos do ECA: art. 106, § único (“O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos”), art. 171 (“O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”), art. 172, *caput*, (“O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente”), bem como o disposto nos artigos 173, 174, 175 e 176. Também o não encaminhamento da criança ao Conselho Tutelar

---

<sup>218</sup> *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 240.

(art.136, I), quando do flagrante da prática do ato infracional, configura o delito. Cuida-se de crime omissivo próprio, não admitindo a tentativa.

Por força do princípio da especialidade, prevalece o artigo 230 do ECA em face dos crimes de abuso de autoridade previstos no art. 3º, letra “a”, e no art. 4º, letra “a”, ambos da Lei 4.898/65.

**Tipo subjetivo:**

No *caput* e na figura equiparada do parágrafo único, o crime é punido a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há forma culposa.

**Pena:**

É de detenção, de seis meses a dois anos para ambas as figuras delituosas, consideradas infrações de menor potencial ofensivo, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

## JURISPRUDÊNCIA

### Caracterização

*TJRS- Apelação Crime Nº 695176958*

*Primeira Câmara Criminal*

*Relator: Luiz Felipe Vasques de Magalhães*

*Julgado em 28/02/1996*

*Ementa: APELACAO CRIME. ESTATUTO DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE. INCIDE NAS IRAS DO ART. 230 DA LEI 8069/90 O CIDADAO QUE SE ANUNCIA COMO DELEGADO DE POLICIA, PORTANDO UMA PISTOLA ACINTOSAMENTE NA CINTURA, INVESTIGANDO UM FURTO DE UM RADIO TOCA-FITAS SUBTRAIDO DO AUTOMOVEL DE SUA ESPOSA, AMEDRONTA E "CONVIDA" DOIS OPERARIOS MENORES, CONSIDERADOS "SUSPEITOS" DA AUTORIA DO ATO INFRACIONAL, A ACOMPANHA-LO AO INSTITUTO DE CRIMINALISTICA, ONDE FORAM COLHIDAS IMPRESSOES DIGITAIS E FOTOGRAFADOS OS ADOLESCENTES. NAO SE TRATANDO DE APREENSAO POR ORDEM JUDICIAL E NEM POR FLAGRANTE DE ATO INFRACIONAL, HAVENDO QUALQUER INDICIO DE PARTICIPACAO DE ADOLESCENTE NA PRATICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIMINOSO, E DEVER DA AUTORIDADE POLICIAL ENCAMINHAR AO*

*AGENTE MINISTERIAL RELATORIO DE SUAS INVESTIGACOES E DEMAIS DOCUMENTOS PERTINENTES A PESSOA E AO FATO INVESTIGADOS. INJUSTIFICADO E ILEGAL E O ATO DE PRIVAR UM ADOLESCENTE EM SUA LIBERDADE DE IR, E VIR, ESTAR E FICAR, FORA DAS HIPOTHESES DOS ART-171 E 172, COM AS CAUTELAS INSULPIDAS NOS ARTS-177 E SEGUINTE DO ECA. COMPORTAMENTO TIPICO E INJURIDICO CARACTERIZADO. APELO DEFENSORIO IMPROVIDO. SENTENCA CONDENATORIA REAFIRMADA POR SEUS FUNDAMENTOS. UNANIME.*

### **Extinção da punibilidade**

*TJPR - 2. 76420-7 (Acórdão)*

*Relator: José Mauricio Pinto de Almeida*

*Fonte: 5648*

*Data Publicação: 05/06/2000*

*Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal*

*Data Julgamento: 18/05/2000*

*DECISÃO: ACORDAM os Magistrados da 2ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal, à unanimidade de votos, em: a)- dar provimento parcial ao recurso da defesa, para absolver o apelante da imputação relativa ao crime de tortura (art. 233/ ECA); b)- considerar, de conseguinte, prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público; c)- reconhecer a prescrição intercorrente relativamente aos crimes previstos nos arts. 230 e 231 do Estatuto da Criança e do Adolescente, declarando, de ofício, a extinção da punibilidade Estatal em relação ao réu Eduardo Caetano da Silva. EMENTA: APELAÇÃO CRIME - CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DO ADOLESCENTE SEM ESTAR ELE EM FLAGRANTE DE ATO INFRACIONAL (ART. 230/ECA), OMISSÃO POLICIAL DE COMUNICAÇÃO DA APREENSÃO (ART. 231/ECA) E SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE A TORTURA (ART. 233/ECA, ANTERIOR À REVOGAÇÃO PELA LEI 9455/97) - INCONFORMISMO DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO - RECURSO DA DEFESA OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ARGUMENTAÇÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CENTRADO NA FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E NA CONCESSÃO DE "SURSIS" PARA CRIME HEDIONDO - RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO, PARA ABSOLVER O RÉU COM BASE NO ART. 386, VI, DO CPP DA IMPUTAÇÃO DE TORTURA - RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DOS ARTS. 230 E 231 DO ECA - DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL. 1- Se o conjunto probatório revela-se frágil e vacilante, a solução adequada é a absolvição do réu, com fundamento na insuficiência de prova. 2- Depois de a sentença transitar em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada (art. 110, § 1º, do CP).*

*TJMG Número do processo: 1.0210.04.017107-1/001(1)*

*Numeração Única: 0171071-49.2004.8.13.0210*

*Relator: Des.(a) HYPARCO IMMESI*

*Data do Julgamento: 04/09/2008*

*Data da Publicação: 17/10/2008*

*ECA - POLICIAL - APREENSÃO DE MENOR NÃO FLAGRADO OU SEM ORDEM ESCRITA DA AUTORIDADE COMPETENTE - SUBMISSÃO DELE (MENOR) A CONSTRANGIMENTO OU VEXAME - VIOLAÇÃO DE SEUS ARTS. 230 E 232 - O policial que apreende menor sem ser em flagrante e, - estando ele (menor) sob sua guarda ou vigilância -, submete-o a constrangimento ou fá-lo sujeito a situação vexatória, violando o disposto nos arts. 230 e 232 do Estatuto da Infância e do Adolescente - Lei 8069/1990, em concurso material (CP, art. 69). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A SENTENÇA - PRESCRIÇÃO PELA PENA IN CONCRETO - CONCURSO MATERIAL - MÁXIMO DE PENA DE CADA ILÍCITO INFERIOR A UM ANO - EXTINÇÃO INCIDENTE SOBRE CADA UM ISOLADAMENTE - PRESCRIÇÃO CONSUMADA - No concurso material de crimes, a extinção de punibilidade incide sobre a pena de cada um, porém, isoladamente (CO, art. 119). Se entre a data do recebimento da denúncia e a de publicação da sentença decorreu lapso temporal superior a dois anos, e se condenado o réu a duas penas de seis meses de detenção, cada uma, consuma-se a prescrição, a teor do art. 109, inciso VI, c/c o art. 119 do Código Penal.*

### **Perda do cargo público**

*TJDF APELAÇÃO CRIMINAL 2000 03 5 000905-4 APR - 0000905-30.2000.807.0003 (Res.65 - CNJ) DF*

*Registro do Acórdão Número : 153510*

*Data de Julgamento : 14/03/2002*

*Órgão Julgador : 2ª Turma Criminal*

*Relator : GETULIO PINHEIRO*

*Publicação no DJU: 29/05/2002 Pág. : 53 Seção: 3*

*APELAÇÃO CRIMINAL. POLICIAIS MILITARES. PRISÃO DE ADOLESCENTE SEM AS FORMALIDADES LEGAIS. ART. 230 DO ECA. LEGÍTIMA DEFESA DO PATRIMÔNIO. VIOLENTA EMOÇÃO. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. CONFISSÃO QUALIFICADA. PERDA DE CARGO PÚBLICO.*

1. *INCIDEM NAS PENAS COMINADAS NO ART. 230 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OS POLICIAIS QUE, A DESCOBERTO DE ORDEM JUDICIAL, INVADEM RESIDÊNCIA DURANTE A MADRUGADA, APREENDEM ADOLESCENTE SUSPEITO DE HAVER FURTADO UM DELES E O ESPANCAM DURANTE SUA CONDUÇÃO À DELEGACIA.*

2. *O EXERCÍCIO DA LEGÍTIMA DEFESA PRESSUPÕE, AO LADO DE OUTROS REQUISITOS, A ATUALIDADE OU IMINÊNCIA DA AGRESSÃO A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO. SUA OCORRÊNCIA ESTÁ AFASTADA PELA REAÇÃO TARDIA DA SUPOSTA VÍTIMA DE FURTO, PRATICADO QUATRO DIAS ANTES PELO SUSPEITO PRESO ILEGALMENTE PARA DAR CONTA DOS BENS SUBTRAÍDOS. NÃO SE PODE DIZER, POR ESSA MESMA RAZÃO, QUE O AGENTE PRATICOU O FATO SOB A INFLUÊNCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO, POR AUSÊNCIA DO REQUISITO TEMPORAL.*

3. *O POLICIAL MILITAR NÃO ESTÁ OBRIGADO AO CUMPRIMENTO DE ORDEM MANIFESTAMENTE ILEGAL, COMO A PRISÃO ARBITRÁRIA DE ALGUÉM, DETERMINADA POR SUPERIOR HIERÁRQUICO.*

4. *SOMENTE A CONFISSÃO SIMPLES DEVE SER CONSIDERADA NA ATENUAÇÃO DA PENA. A QUALIFICADA, EM QUE O AGENTE, A PAR DE AFIRMAR A AUTORIA DO FATO, BUSCA ESCUDAR-SE EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXCLUAM O CRIME OU O ISENTEM DE PENA, NÃO LHE OUTORGA ESSE MESMO BENEFÍCIO.*

5. *JUSTIFICADA A PERDA DO CARGO PÚBLICO, MOTIVADA NA NECESSIDADE DE AFASTAR DA COLETIVIDADE POLICIAIS MILITARES CONDENADOS POR CRIMES COMETIDOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO, A FIM DE EVITAR QUE VOLTEM A SE PREVALECER DA INSTITUIÇÃO A QUE PERTENCEM PARA PRATICAR NOVOS ILÍCITOS PENAIIS.*

*Decisão*

*POR UNANIMIDADE, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS*

## **Artigo 231 –**

***Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada:***

***Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

---

**Denominação:**

O crime recebe o *nomen juris* de omissão da comunicação de apreensão de criança ou adolescente<sup>219</sup> ou de omissão na comunicação de apreensão de criança ou adolescente à autoridade e familiares<sup>220</sup>.

**Objetividade jurídica:**

Tutela-se a liberdade de locomoção da criança e do adolescente, o seu direito de ir e vir, dimensão de seu direito fundamental à liberdade, cuja dignidade penal exsurge do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, sendo ainda assegurado pelos artigos 15 e 16 do Estatuto. Protege-se ainda o direito à convivência familiar, nos termos do art. 19 do ECA.

**Sujeito ativo:**

É um crime próprio, conforme se verifica pela própria redação do dispositivo, somente podendo ser praticado pela autoridade policial, aqui entendida como o Delegado de Polícia, que possui atribuição para a lavratura do auto de apreensão em flagrante do menor de 18 anos e do boletim de ocorrência circunstanciado de ato infracional (no caso de apreensão em flagrante pela prática de ato infracional não cometido com violência ou grave ameaça e na hipótese de não liberação, nos termos do art. 174 do ECA). Assim, não se incluem como sujeitos ativos os agentes da autoridade, quais sejam policiais militares e outros policiais civis, ou ainda o membro do Conselho Tutelar, pois não lhes incumbe a comunicação da apreensão à autoridade judiciária.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou adolescente apreendido. Secundariamente, são sujeitos passivos os familiares que integram a família natural ou substituta.

**Tipo objetivo:**

Pune-se a conduta de **deixar** de fazer (não realizar, não fazer, não considerar, em suma, omitir) a imediata (urgente, *incontinenti*, em menor espaço de tempo possível) comunicação (transmissão do ocorrido, pessoalmente ou através de ofício, fax, telefone) da apreensão à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa

---

<sup>219</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 530.

<sup>220</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 47.

por ele indicada. A apreensão de que trata a norma penal é apenas aquela decorrente do flagrante de ato infracional e não da ordem escrita da autoridade judiciária competente, eis que, nesta hipótese, o apreendido deve ser imediatamente apresentado ao juiz da Vara da Infância e da Juventude (art. 171 do ECA). Apesar da redação do tipo incluir a criança como sujeito passivo, deve-se mais uma vez frisar que ela jamais poderá ser apreendida, mesmo em situação de flagrante de ato infracional, mas sim encaminhada ao Conselho Tutelar.

Diferencia-se do tipo penal do art. 230 na medida em que aqui se está diante de uma apreensão regular, decorrente da configuração de flagrante de ato infracional, não sendo cumprido pela autoridade policial o seu dever de proceder a comunicação imediata da apreensão do adolescente à autoridade judiciária competente, aos seus familiares ou à pessoa por ele indicada, direito individual preconizado no art. 107, *caput*, do ECA, que se encontra em consonância com o art. 5º, inciso LXII, da Lei Maior (“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”). O crime é de mera conduta, consumando-se com o encerramento da lavratura do auto de apreensão em flagrante ou do boletim de ocorrência circunstanciado (art. 175, *caput*), havendo a omissão na comunicação devida. Classifica-se ainda como delito de perigo abstrato e, por ser omissivo próprio, não se admite o *conatus*. Por força do princípio da especialidade, o tipo penal em tela prevalece em face do crime de abuso de autoridade previsto no art. 4º, letra “c”, da Lei 4.898/65.

**Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há forma culposa.

**Pena:**

É de detenção, de seis meses a dois anos, e, portanto, considerada infração de menor potencial ofensivo, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

**JURISPRUDÊNCIA**



## Reconhecimento de prescrição

*TJPR - Apelação Crime: ACR 764207 PR Apelação Crime - 0076420-7*

*Relator(a): José Mauricio Pinto de Almeida*

*Julgamento: 18/05/2000*

*Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal*

*Publicação: 05/06/2000 DJ: 5648*

### *Ementa*

*APELAÇÃO CRIME - CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DO ADOLESCENTE SEM ESTAR ELE EM FLAGRANTE DE ATO INFRACIONAL (ART. 230/ECA), OMISSÃO POLICIAL DE COMUNICAÇÃO DA APREENSÃO (ART. 231/ECA) E SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE A TORTURA (ART. 233/ECA, ANTERIOR À REVOGAÇÃO PELA LEI 9455/97)- INCONFORMISMO DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO - RECURSO DA DEFESA OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ARGUMENTAÇÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CENTRADO NA FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E NA CONCESSÃO DE "SURSIS" PARA CRIME HEDIONDO - RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO, PARA ABSOLVER O RÉU COM BASE NO ART. 386, VI, DO CPP DA IMPUTAÇÃO DE TORTURA - RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DOS ARTS. 230 E 231 DO ECA - DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL.*

*1- Se o conjunto probatório revela-se frágil e vacilante, a solução adequada é a absolvição do réu, com fundamento na insuficiência de prova.*

*2- Depois de a sentença transitar em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada (art. 110, § 1º do CP).*

## Pena restritiva de direitos

*TJRN - Apelação Criminal: ACR 22832 RN 2010.002283-2*

*Julgamento: 28/04/2011*

*Órgão Julgador: Câmara Criminal*

*Classe: Apelação Criminal*

*Origem: Vara Criminal da Comarca de Currais Novos /RN.*

*Apelante : Ministério Público .*

*Apelados: Josiel Gomes de Oliveira, José Mariano dos Santos e Lusiano da Silva Pereira.*

*Advogado: Flávia Maia Fernandes Guimarães.*

*Relator: Juiz Convocado Guilherme Cortez*

*EMENTA : DIREITO PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. DEIXAR DE COMUNICAR A PRISÃO DE ADOLESCENTE (ART. 231 DO ECA - LEI N.º 8.069/90) E SUBMETÊ-LO, SOB SUA GUARDA, A VEXAME OU A CONSTRANGIMENTO (ART. 232 DO ECA - LEI N.º 8.069). PRETENDIDO AUMENTO DA PENA APLICADA. REFORMA DA DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS UTILIZADAS PARA AUMENTO DA PENA-BASE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVOSO. PRIMARIEDADE E MAIORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO À SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE OUTRA PENA ALTERNATIVA QUE NÃO SEJA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COM BASE NA FUNÇÃO DESENVOLVIDA PELOS APELADOS. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER EMPECILHO AO RECONHECIMENTO. MANUTENÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.*

- 1. A base empírica do juízo de valor que induziu a exasperação da pena-base pode resultar do contexto da motivação global da sentença condenatória.*
- 2. A maioria favorável das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e a primariedade dos apelados não autorizam a imposição de regime mais gravoso que o aberto.*
- 3. Por se tratar de direito subjetivo dos acusados, é defeso ao magistrado negar o direito à substituição da pena privativa de liberdade, quando presentes os requisitos autorizadores constantes no artigo 44 do Código Penal.*
- 4. A alegação de que os recorridos desenvolvem atividade similar à sanção alternativa reconhecida pela sentença -prestação de serviços à comunidade -não pode ensejar a determinação de outra pena restritiva de direitos, por ausência de fundamento legal.*
- 5. Precedentes.*
- 6. Recurso conhecido e parcialmente provido.*

## **Artigo 232 –**

***Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:***

***Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

---

**Denominação:**

O crime em tela recebe o *nomen juris* de submissão de criança ou adolescente a vexame ou constrangimento<sup>221</sup>, ou de submissão de criança ou adolescente a tratamento vexatório ou constrangedor<sup>222</sup>.

### **Objetividade jurídica**

Tutela-se a integridade física e psíquica da criança e do adolescente, direito fundamental que lhes é assegurado no ECA em seu artigo 17, bem como a sua honra objetiva, sendo dever de todos velar pela dignidade do menor de 18 anos, pondo-o a salvo de qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, nos termos do art. 18 do Estatuto.

### **Sujeito ativo.**

É um crime próprio, somente podendo ser praticado por quem tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância. Em suma, será agente deste delito a pessoa detentora de poder sobre o menor de 18 anos. Ostenta autoridade quem se responsabiliza em definitivo pela criança ou adolescente. Possui a guarda quem é detentor de termo judicial de guarda e responsabilidade ou quem a exerce de fato, tendo a criança ou adolescente sob seu controle. A vigilância é levada a efeito por aquele que, momentaneamente, estejam incumbidos de controlar a criança ou adolescentes ou tê-los sob seu cuidado. Assim, podem cometer o delito, v.g., os pais, tutores, curadores, o guardião ou quem simplesmente possui a guarda de fato, o dirigente de entidade de atendimento (nos termos do art. 92, § 1º, do ECA), o professor, funcionários de creches ou escolas, babás, empregadas domésticas e a autoridade policial responsável pela custódia do menor de 18 anos em razão da prática de ato infracional.

### **Sujeito passivo:**

É a criança ou adolescente submetida a vexame ou constrangimento.

### **Tipo objetivo.**

O núcleo do tipo é o verbo **submeter** (sujeitar, dominar, subjugar, obrigar, expor) a criança ou adolescente a vexame ou constrangimento, expressões que encerram elementos normativos, sujeitos a uma valoração pelo intérprete. Vexame é a humilhação, a vergonha, a afronta, o ultraje. O constrangimento implica em tolher a

---

<sup>221</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 531.

<sup>222</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 54.

liberdade, compelir, coagir, com o emprego de violência física ou psicológica, a fazer algo indevido. O crime é de forma livre e pode restar caracterizado em determinadas situações específicas relacionadas com a apuração de ato infracional. Assim, a identificação datiloscópica de adolescente civilmente identificado, ao arrepio do art. 109 do ECA, pode configurar o delito, eis que se trata de sujeitar a vítima a constrangimento, o que também ocorre se o adolescente, a quem se atribua a autoria de ato infracional, é transportado em compartimento fechado de viatura policial, em desacordo com o art. 178 do Estatuto, ou é algemado sem qualquer necessidade em via pública ou defronte à sua escola<sup>223</sup>. O crime é material, exigindo, para sua consumação, a efetivação do ato vexatório ou constrangedor. Conforme o meio eleito pelo agente, pode ser plurissubsistente, admitindo o *conatus*. Por força do princípio da especialidade, o crime do art. 232 do ECA prevalece em face do crime de abuso de autoridade previsto no art. 4º, letra “b”, da Lei 4.898/65, e do crime de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal.

#### **Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há forma culposa.

#### **Pena:**

É de detenção, de seis meses a dois anos, e, portanto, considerada infração de menor potencial ofensivo, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Concurso material e continuidade delitiva**

***TJRS - Ementa: APELAÇÃO CRIME. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. SUBMISSÃO DE CRIANÇA A CONSTRANGIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. O art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente prevê como elementar do tipo ser o delito direcionado contra criança sob autoridade, guarda ou vigilância do sujeito***

---

<sup>223</sup> O exemplo é dado por FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 56.

*ativo. Assim, configura bis in idem a aplicação das agravantes do art. 61, inciso II, "f" e "h", bem como a causa de aumento de pena do art. 226, inciso II, ambos do Código Penal. Excluídas tais moduladoras, resta redimensionada a pena ao patamar de oito meses de detenção. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ESTUPRO. CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA. AFASTAMENTO DO CONCURSO MATERIAL. CABIMENTO. REPERCUSSÃO NO APENAMENTO. A Lei nº 12.015/2009 suplantou o debate a respeito da possibilidade ou não do reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Ademais, a admissão da forma concursal do art. 71 do Código Penal afigura-se mais benéfica ao denunciado, ensejando aplicação imediata à espécie, sob pena de sacramentar prejuízo ao réu no cotejo com o princípio da aplicação da lei nova mais benigna. Afastado o concurso material, aplicada a continuidade na fração de 1/3, o apenamento definitivo pelos segundo e terceiro fatos delituais totaliza treze anos de reclusão. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. ART. 240 DO ECA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO DE OFÍCIO. Mediante a aplicação do princípio da consunção, procedida de ofício, o crime de produção de imagem com utilização de criança em cena pornográfica ou sexo explícito (art. 240 do ECA) resta absorvido pelo de estupro (art. 213 do Código Penal). Impositiva a absolvição por aquele, consoante disposto no art. 386, III, do Código de Processo Penal. APELAÇÃO PROVIDA. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. (Apelação Crime Nº 70031681406, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 29/07/2010)*

### **Elemento subjetivo**

**TJRS - Ementa:** SUBMETER CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA AUTORIDADE A VEXAME OU A CONSTRANGIMENTO. (ART. 232 ECA). FATOS DISTINTOS. PRESCRIÇÃO DE UM; ABSOLVIÇÃO DE OUTRO, E CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO QUANTO AO TERCEIRO FATO DENUNCIADOS. Primeiro fato: Considerando a pena concretizada na sentença e decorrido o prazo superior a 02 (dois) anos entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia, nos termos do art. 107, inciso IV, c/c artigos 109, inciso VI, e 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal; Segundo fato: O comportamento da acusada em relação à vítima, em que pese sua personalidade autoritária, aliada ao despreparo psico-pedagógico para enfrentar e respeitar diferenças e conflitos inerentes a idade infantil e adolescente, não configura a vontade livre e consciente de submissão a vexame ou a constrangimento. Inexistente a comprovação do elemento subjetivo (dolo) exigido para configuração do delito tipificado no art. 232 do ECA, impositiva é a absolvição do agente. Terceiro fato: a acusada despreparada para enfrentar os desafios concernentes a prática educacional - a qual deve invariavelmente se estruturar em posturas de tolerância e alteridade, capazes do estabelecimento de vínculos de confiança e aprendizado dialogado utilizou-se da sua condição de autoridade, excedendo-se nos castigos psicológicos e corporais, e assim, acabou por incidir na prática delituosa de submissão de crianças e adolescentes a situações vexatórias de desmoralizantes. Com certeza o ato de desferir tapas no rosto de aluno, acompanhado da restrição da liberdade do mesmo para fins de punição e, imposição de disciplina demonstram a saciedade o elemento subjetivo (dolo)

*exigido para configuração da figura penal do art. 232 do ECA. Confirma-se a condenação. Apenamento. Substituição da pena corporal por apenas uma restritiva de direito, nos termos do art. 44, § 2º, do CP. Recurso defensivo parcialmente provido. (Apelação Crime Nº 70022003362, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 14/05/2008)*

### **Concurso com maus-tratos/ sursis**

**TJRS - Ementa:** AC Nº. 70.018.546.259AC/M 1.509 S 13.09.2007 P 13 APELAÇÃO CRIMINAL. MAUS-TRATOS (ART. 136 DO C.P.B) E SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA AUTORIDADE, GUARDA OU VIGILÂNCIA, A VEXAME OU A CONSTRANGIMENTO (ART 232 DO ECA). SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. APENAMENTO ADEQUADO. SURSIS MANTIDO. 1. Materialidade e autoria dos fatos comprovadas no caderno processual. A palavra da vítima, que é firme e coerente em suas declarações, constitui prova idônea e suficiente para um juízo condenatório, ainda mais no caso, em que está roborada por auto de exame de corpo de delito, comprovando a agressão sofrida por ela, e por parecer psicológico, firmado por órgão municipal. 2. Pena carcerária adequadamente fixada, atendendo aos preceitos da suficiência e proporcionalidade da sanção penal. 3. Inviabilizada a substituição da pena carcerária por restritiva de direitos, em razão do emprego de violência real contra pessoa. Contudo, tratando-se de réu primário, com a maioria das operadoras judiciais favorável e pena carcerária não superior a dois anos, o sursis é medida cabível e recomendável. Sentença mantida. APELOS IMPROVIDOS. (Apelação Crime Nº 70018546259, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 13/09/2007)

### **Declaração da vítima**

*TJDF Classe do Processo : 2007 09 1 002999-2 APR - 0002999-83.2007.807.0009 (Res.65 - CNJ) DF*

*Registro do Acórdão Número : 303752*

*Data de Julgamento : 17/04/2008*

*Órgão Julgador : 1ª Turma Criminal*

*Relator : MARIO MACHADO*

*Disponibilização no DJ-e: 20/05/2008 Pág. : 145*

*PENAL. ART. 232 DO ECA. VEXAME OU CONSTRANGIMENTO A MENOR. PROVAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. HARMONIA. DEPOIMENTO DO ACUSADO. CONTRADIÇÃO. CONDENAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE REVELA HARMÔNICAS AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DA TESTEMUNHA E CONTRADITÓRIO O DEPOIMENTO DO ACUSADO, DEMONSTRANDO, AO FINAL, TER ELE PRATICADO O CRIME DO ARTIGO 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, APELAÇÃO PROVIDA PARA CONDENAR O RÉU.*

**Extinção da punibilidade/ concurso material**

*TJMG Número do processo: 1.0210.04.017107-1/001(1)*

*Numeração Única: 0171071-49.2004.8.13.0210*

*Relator: Des.(a) HYPARCO IMMESI*

*Data do Julgamento: 04/09/2008*

*Data da Publicação: 17/10/2008*

*ECA - POLICIAL - APREENSÃO DE MENOR NÃO FLAGRADO OU SEM ORDEM ESCRITA DA AUTORIDADE COMPETENTE - SUBMISSÃO DELE (MENOR) A CONSTRANGIMENTO OU VEXAME - VIOLAÇÃO DE SEUS ARTS. 230 E 232 - O policial que apreende menor sem ser em flagrante e, - estando ele (menor) sob sua guarda ou vigilância -, submete-o a constrangimento ou fá-lo sujeito a situação vexatória, violando o disposto nos arts. 230 e 232 do Estatuto da Infância e do Adolescente - Lei 8069/1990, em concurso material (CP, art. 69). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A SENTENÇA - PRESCRIÇÃO PELA PENA IN CONCRETO - CONCURSO MATERIAL - MÁXIMO DE PENA DE CADA ILÍCITO INFERIOR A UM ANO - EXTINÇÃO INCIDENTE SOBRE CADA UM ISOLADAMENTE - PRESCRIÇÃO CONSUMADA - No concurso material de crimes, a extinção de punibilidade incide sobre a pena de cada um, porém, isoladamente (CO, art. 119). Se entre a data do recebimento da denúncia e a de publicação da sentença decorreu lapso temporal superior a dois anos, e se condenado o réu a duas penas de seis meses de detenção, cada uma, consuma-se a prescrição, a teor do art. 109, inciso VI, c/c o art. 119 do Código Penal.*

**Artigo 233 –**

***Art. 233. (Revogado pela Lei nº 9.455, de 7 de Abril de 1997).***

---

Por oportuno, transcreve-se o inteiro teor do referido diploma legal:

*“Art. 1º Constitui crime de tortura:*

*I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:*

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

*II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*

*Pena - reclusão, de dois a oito anos.*

*§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.*

*§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.*

*§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.*

*§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:*

*I - se o crime é cometido por agente público;*

*II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)*

*III - se o crime é cometido mediante seqüestro.*

*§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.*

*§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.*

*§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.*

*Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.*

*Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

*Art. 4º Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”.*



**Artigo 234 –**

***Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão:***

***Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

---

**Denominação:**

O delito recebe da doutrina o nome de omissão da imediata liberação de criança ou adolescente, em face da ilegalidade da apreensão<sup>224</sup>, ou de omissão da autoridade competente na liberação imediata da criança ou adolescente<sup>225</sup>.

**Objetividade jurídica:**

É a tutela da liberdade de locomoção da criança e do adolescente, o seu direito de ir e vir, dimensão de seu direito fundamental à liberdade, cuja dignidade penal exsurge do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, com espeque no art. 5<sup>a</sup>, inciso LXV, da Lei Maior (“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”), e assegurado pelos artigos 15 e 16 do Estatuto.

**Sujeito ativo:**

O crime é próprio, somente podendo ser praticado pela autoridade competente, qual seja aquela que se encontra em condições de determinar a imediata liberação da criança ou do adolescente em face da constatação da ilegalidade da apreensão. Assim, poderá incidir primordialmente na norma penal incriminadora o magistrado que tomar conhecimento da apreensão ilegal do menor de 18 anos pela autoridade policial, nos termos do art. 107 do ECA, bem como o próprio Delegado de Polícia, por força do art. 172 do Estatuto, ao verificar que o adolescente não se encontra em situação de flagrante de ato infracional. Sustenta-se ainda, o que nos parece acertado, que também será sujeito ativo do delito o Promotor de Justiça, para o qual foi apresentado o adolescente apreendido e internado e que não determine a sua imediata liberação quando se depare

---

<sup>224</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 533.

<sup>225</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 74.

com a ilegalidade da custódia<sup>226</sup>, ou ao decidir-se pelo arquivamento dos autos ou concessão da remissão, sem que tenha que aguardar uma decisão judicial para que o adolescente reconquiste a liberdade<sup>227</sup>. Não podem ser sujeitos ativos o membro do Conselho Tutelar ou o dirigente de entidade de atendimento, os quais não podem ordenar a liberação do adolescente.

#### **Sujeito passivo:**

É a criança ou adolescente ilegalmente custodiado. Conforme visto acima, a criança nunca poderá ser apreendida, mesmo em situação de flagrante de ato infracional, mas sim encaminhada ao Conselho Tutelar (art. 136, I, do ECA).

#### **Tipo objetivo:**

Pune-se a conduta de **deixar** (não realizar, não fazer, não considerar, em suma, omitir) de **ordenar** (mandar) a imediata (urgente, *incontinenti*, sem demora, em menor espaço de tempo possível) liberação da criança ou adolescente, ao se ter conhecimento da ilegalidade da apreensão pela prática de ato infracional. A expressão “justa causa” encerra um elemento normativo do tipo, exigindo uma valoração pelo intérprete para que se afira a ilicitude da conduta incriminada, imprescindível para a caracterização do delito. Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci: “*caso a apreensão do menor tenha preenchido as formalidades legais, em lugar de se cuidar de um estrito cumprimento do dever legal, passa a ser fato atípico*”<sup>228</sup>. Na hipótese de uma criança ser apreendida ao arrepio do disposto nos artigos 105 e 136, I, do Estatuto, e não ser determinada a sua liberação, haverá o cometimento do delito, eis que não existirá qualquer justa causa para tanto. O crime é omissivo próprio, não se admitindo o *conatus*. Consuma-se o delito no momento em que a autoridade competente toma conhecimento da ilegalidade da apreensão e não determina a liberação do menor de 18 anos. Classifica-se ainda como crime de mera conduta e de dano. Por força do princípio da especialidade, o tipo penal em tela prevalece em face do crime de abuso de autoridade previsto no art. 4º, letra “d”, da Lei 4.898/65.

#### **Tipo subjetivo:**

---

<sup>226</sup> NOGUEIRA, Wanderlino. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. Munir Cury (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1057.

<sup>227</sup> Nesse sentido: CONDACK, Cláudia Canto. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 880.

<sup>228</sup> *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 243.

O crime é punido somente a título de dolo, consistente na vontade consciente de não determinar a liberação de criança ao adolescente ao tomar-se conhecimento da ilegalidade da custódia, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há forma culposa.

**Pena:**

É de detenção, de seis meses a dois anos, e, portanto, considerada infração de menor potencial ofensivo, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Extinção da punibilidade**

*TJPR - Apelação Crime: ACR 1718278 PR Apelação Crime - 0171827-8*

*Relator(a): Rafael Augusto Cassetari*

*Julgamento: 06/06/2002*

*Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal (extinto TA)*

*Publicação: 02/08/2002 DJ: 6177*

*Ementa*

*O CRIMINAL - ART. 3º, 'a' E 'i', ART. 4º, 'a', 'b' E 'c', AMBOS DA LEI Nº 4898/65; E; ARTS. 230, § ÚNICO, 231 E 234, TODOS DA LEI 8069/90 - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA PELA PENA IN CONCRETO - DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - APELAÇÃO DO MP - CONDENAÇÃO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 232 DA LEI 8069/90 - OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA IN ABSTRATO - DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PREJUDICADA A COGNIÇÃO MATERIAL DOS RECURSOS*

**Artigo 235 –**

***Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:***

***Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

---

**Denominação:**

O delito recebe da doutrina o nome de descumprimento injustificado de prazo fixado em lei<sup>229</sup>, ou de descumprimento de prazo que beneficia adolescente privado de liberdade<sup>230</sup>.

**Objetividade jurídica:**

É a tutela da liberdade de locomoção da criança e do adolescente, o seu direito de ir e vir, dimensão de seu direito fundamental à liberdade, cuja dignidade penal exsurge do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, sendo assegurado pelos artigos 15 e 16 do Estatuto, somente podendo ser privado, em razão da prática de ato infracional, mediante o devido processo legal.

**Sujeito ativo:**

O crime é próprio, somente podendo ser praticado pela autoridade responsável pelo cumprimento dos prazos legalmente estipulados para a privação de liberdade de adolescente, em procedimento de apuração de ato infracional ou no decorrer da execução da medida socioeducativa de internação. Assim, somente poderão cometer este delito a autoridade policial, o magistrado, o membro do Ministério Público (na hipótese do art. 179 do Estatuto, quando se tratar de adolescente apreendido) e o dirigente de entidade de atendimento (nos termos do art. 175, § 1º, do Estatuto, em caso de não liberação de adolescente apreendido em flagrante pela autoridade policial). Cuida-se, portanto, de crime próprio.

**Sujeito passivo:**

É o adolescente que se vê despojado de sua liberdade, em razão do descumprimento do prazo legal.

---

<sup>229</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 534.

<sup>230</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 82.

**Tipo objetivo:**

O núcleo do tipo é o verbo **descumprir** (deixar de cumprir, não cumprir) a que se une o elemento normativo “injustificadamente”, afastando-se a adequação típica quando a omissão no cumprimento do prazo seja lastreada em justificativa plausível, isto é, que ocorra motivo justo que demonstre a impossibilidade de se atender o limite temporal estatuído. O prazo a que se refere o dispositivo é o lapso de tempo dentro do qual deve ser praticado um ato no decorrer do procedimento de apuração de ato infracional, estando o adolescente apreendido cautelarmente, ou de duração de medida socioeducativa de internação.

Os prazos fixados pelo ECA em benefício do adolescente privado de liberdade são **os seguintes**: art. 108, *caput* (“A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias”); art. 183 (“O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de 45 (quarenta e cinco) dias”); art. 121 (“A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.(...)§ 2º. A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada 6 (seis) meses. § 3º. Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 3 (três) anos. § 4º. Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. § 5º. A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade”); art. 122 (“A medida de internação só poderá ser aplicada quando: (...) III-por descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta.§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses”); art. 175 (“Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.§ 1º. Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. § 2º. Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em

qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior”); art. 179, *caput* (“Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas”); art. 185 (“A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional (...) § 2º. Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de 05 (cinco) dias, sob pena de responsabilidade”).

O crime é omissivo próprio, não se admitindo o *conatus*. Consuma-se o delito no momento em que o prazo estipulado em lei é descumprido injustificadamente. Classifica-se ainda como crime de mera conduta e de dano. Por força do princípio da especialidade, o tipo penal em tela prevalece em face do crime de abuso de autoridade previsto no art. 4º, letra “I”, da Lei 4.898/65.

**Tipo subjetivo:**

O crime é punido somente a título de dolo, consistente na vontade livre e consciente de não cumprir o prazo determinado legalmente, não havendo justificativa para a conduta. Não se exige qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há forma culposa.

**Pena:**

É de detenção, de seis meses a dois anos, e, portanto, considerada infração de menor potencial ofensivo, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

**Artigo 236 –**

***Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:***

---

## ***Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

---

### **Denominação:**

O delito em tela recebe da doutrina o nome de impedimento ou embaraçamento à ação de autoridades<sup>231</sup>, ou simplesmente embaraço à ação de autoridade<sup>232</sup>.

### **Objetividade jurídica:**

Tutela-se o interesse da Administração da Justiça na proteção dos direitos da criança e do adolescente, que se concretiza com a atuação do magistrado, conforme a competência que é conferida ao Juízo da Infância e da Juventude (arts. 148 e 149 do ECA), do exercício das funções atribuídas pelo Estatuto ao Promotor de Justiça (art. 201) e ao Conselheiro Tutelar (art. 136).

### **Sujeito ativo:**

O crime pode ser cometido por qualquer pessoa que dificulte ou obste a ação do Juiz de Direito, do Promotor de Justiça, ou do Conselheiro Tutelar, no exercício de suas funções. Cuida-se de crime comum.

### **Sujeito passivo:**

É o Estado, a quem incumbe o dever de assegurar e proteger, com prioridade absoluta, os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Secundariamente é a autoridade judiciária, o membro do Ministério Público, ou o conselheiro tutelar no exercício de suas funções.

### **Tipo objetivo:**

Os núcleos do tipo são os verbos **impedir** (inviabilizar, impossibilitar, obstar, interromper, não deixar que a ação se realize) ou **embaraçar** (perturbar, atrapalhar, colocar entraves), cuidando-se de tipo misto alternativo e, portanto, a prática de mais de uma conduta num mesmo contexto fático não implica em concurso de crimes. Na conduta impedir o crime é material, exigindo que a ação da autoridade seja efetivamente obstada pelo agente. Na conduta embaraçar o crime é formal, não reclamando, para a

---

<sup>231</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 535.

<sup>232</sup> CHAVES, Antônio, *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*, p. 749.

consumação, o resultado naturalístico. De toda a sorte, o crime admite a tentativa<sup>233</sup>. Se o sujeito ativo empregar violência ou grave ameaça, opondo-se à execução do ato, haverá a configuração do crime de resistência (art. 329 do Código Penal). O juiz, o Promotor de Justiça e o conselheiro tutelar somente serão vítimas se estiverem no exercício de suas funções. Exemplo: pratica o crime o dirigente de entidade de atendimento, governamental ou não governamental (artigos 90 a 94 do ECA), que impede ou turba uma visita de fiscalização (regula-se a fiscalização das entidades de atendimento nos artigos 95 a 97 do ECA). O crime é comissivo e de perigo abstrato

#### **Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, vontade livre e consciente em praticar as condutas incriminadas, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há forma culposa.

#### **Pena:**

É de detenção, de seis meses a dois anos, e, portanto, considerada infração de menor potencial ofensivo, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Caracterização do delito previsto no Dec. Lei 201/67**

***TJRS - Ementa:** MINISTERIO PUBLICO. DENUNCIA. O MINISTERIO PUBLICO NAO NECESSITA DE QUALQUER MANIFESTACAO JUDICIAL PARA O OFERECIMENTO DA DENUNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. ARTIGO 1, XIV, DECRETO-LEI 201/67. ABSORCAO. A NEGATIVA DE EXECUCAO A LEI E ABSORVIDA PELO OUTRO DELITO QUANDO AMBOS SE REFERIREM A MESMA CONDUTA. ABSOLVICAO DECRETADA. ESTATUTO DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE. COMETE O CRIME PREVISTO NO ART. 236 DO ECA, O PREFEITO MUNICIPAL QUE IMPEDE A ACAO DE CONSELHEIRA TUTELAR LEGALMENTE INVESTIDA. NOMEACAO ILEGAL. PRATICA O DELITO CONTEMPLADO NO INC.XIII DO ART.1 DO DECRETO-LEI 201/67, O PREFEITO QUE NOMEIA FUNCIONARIA PUBLICA CONTRARIANDO EXPRESSA*

---

<sup>233</sup> Contudo, segundo entendimento de Antonio Cezar Lima da Fonseca, o crime do art. 236 do ECA não admite a tentativa, pois quem tenta impedir já comete a conduta de embarçar a ação das autoridades mencionadas (*Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 90).



*DISPOSICAO LEGAL. ACAO JULGADA PROCEDENTE, EM PARTE, E PRESCRICAO DECLARADA. (Processo Crime N° 697802361, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 09/12/1999)*

### **Ofensa verbal - descaracterização**

*TJRS - Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. INFRAÇÃO AO ARTIGO 236 DO EC. ACUSADO QUE INSULTA CONSELHEIRO TUTELAR, SEM OBSTAR AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA PENAL. ATIPICIDADE DO FATO NO CASO CONCRETO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. Recurso defensivo provido. (Apelação Crime N° 70019212554, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 27/03/2008)*

### **Artigo 237 –**

***Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:***

***Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.***

---

### **Denominação:**

É denominado crime de subtração de criança ou adolescente<sup>234</sup>.

### **Objetividade jurídica:**

Tutela-se o direito da criança e do adolescente em ser criado e educado no seio de sua família natural, e, excepcionalmente, em família substituta (art. 19 do Estatuto), protegendo-se especificamente o exercício dos direitos inerentes ao poder familiar, à tutela à curatela e à guarda. Busca-se evitar, de forma reflexa, a comercialização de crianças e adolescentes e a sua corrupção.

### **Sujeito ativo:**

O crime pode ser praticado por qualquer pessoa qualquer pessoa, bastando não possuir a guarda do menor de 18 anos. Os pais, tutores, curadores podem ser sujeitos

---

<sup>234</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 535. CHAVES, Antônio, *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*, p. 749.

ativos, desde que privados, respectivamente, do poder familiar (através da sua suspensão ou destituição), da tutela ou curatela.

### **Sujeito passivo:**

A criança ou o adolescente, bem como as pessoas que possuam a sua guarda, por força de lei ou de determinação judicial. Assim, também podem ser sujeitos passivos os pais, tutores, curadores, guardiões e até mesmo o dirigente de entidade de acolhimento institucional (art. 92, § 1º, do ECA) .

### **Tipo objetivo:**

O núcleo do tipo é o verbo **subtrair** (retirar, tirar, arrebatam). Para a configuração do delito a criança ou o adolescente devem ser retirados da esfera de convivência, cuidado e vigilância de quem ostente a sua guarda por força de lei ou de determinação judicial, com o fim específico de colocar a vítima em lar substituto. Por exemplo, o agente ingressa numa maternidade e retira a criança recém-nascida encomendada, sem paga ou promessa de recompensa, por um determinado casal. Se a guarda é de fato não se caracteriza o delito em face da ausência de um dos elementos do tipo penal. Pouco importa que a finalidade de colocação em lar substituto seja em caráter temporário ou definitivo. O legislador leva em mira evitar, notadamente, o tráfico e a corrupção de menores de 18 anos.

Conforme destacado por Heitor Piedade Júnior, é absolutamente inócuo o consentimento porventura dado pela criança ou adolescente: “*A vontade contrariada dever ser a dos pais, ou tutores, de modo que o único consentimento que tem influência para desaparecer o fato típico é o dessas pessoas*”<sup>235</sup>. O crime é formal, consumando-se com a subtração da vítima de seu responsável legal, independentemente da efetiva colocação em lar substituto, o que constitui mero exaurimento do crime. Por ser plurissubsistente, o delito admite o *conatus*. Se não houver o fim específico exigido pelo tipo penal, a conduta do agente que subtrai menor de 18 anos, ao poder de quem possui a sua guarda virtude de lei ou por ordem judicial, configura o crime previsto no art. 249 do Código Penal (subtração de incapazes). Na hipótese de adequação típica à norma do art. 237 do ECA, a restituição da criança ou do adolescente, sem que tenha sofrido

---

<sup>235</sup> *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. Munir Cury (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1063.

maus-tratos ou privações, não dá ensejo à incidência do perdão judicial previsto no art. 249 do Estatuto Repressivo por ausência de previsão legal expressa a respeito<sup>236</sup>.

### **Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, havendo, como se viu, a exigência do fim especial de agir consistente na colocação em lar substituto. É um crime de intenção transcendental, também denominado delito de resultado cortado, quando o agente visa a um resultado ulterior não reclamado para a sua consumação.

### **Pena:**

É de reclusão de dois a seis anos, com previsão cumulativa de multa. Não é possível a aplicação de qualquer benefício previsto na Lei 9.099/95. Na hipótese de condenação com fixação da pena no limiar, cabe, em tese, o sursis, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, caso a sanção impingida não supere os quatro anos, por não integrar o tipo penal o emprego da violência ou grave ameaça.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Descaracterização – união estável**

***TJRS - Ementa:** Apelação-crime. Crime do artigo 237 do ECA: exige "subtração" com o fim "de colocação em lar substituto", o que não se caracteriza quando jovens se unem para constituir nova família. Negaram provimento ao recurso acusatório. Unânime. (Apelação Crime Nº 70034139675, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 10/03/2010)*

### **Elemento subjetivo**

***TJRS - Ementa:** AC Nº. 70.027.426.105 AC/M 2.095 - S 28.05.2009 P 21 (T) APELAÇÃO CRIMINAL. SUBTRAÇÃO DE MENOR PARA COLOCAÇÃO EM LAR SUBSTITUTO. ARTIGO 237 DO ECA. DOLO IMPROVADO. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. A conduta incriminada consiste em subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto. Subtrair quer dizer, no caso, retirar a criança de sua*

<sup>236</sup> Nesse sentido o entendimento de CONDACK, Claudia Canto. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 884-885.

*esfera de convivência normal, sem a autorização ou anuência de quem detém a guarda do menor. No ponto a ré afirma que a mãe lhe deu a criança e a prova dos autos não desmente a versão defensiva. Absolvição que se impõe, com força no princípio humanitário do in dubio pro reo (art. 386, inc. VII, do C.P.P.). APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70027426105, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 28/05/2009)*

### **Suficiência de provas**

*TJSP, Apelação Criminal nº 993.07.108041-1*

*16ª Câmara de Direito Criminal*

*J. em 27/04/2010, Comarca de São José dos Campos*

*Relator Desembargador Pedro Menin*

*ECA – Art. 237 - Insuficiência de provas - Inadmissibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Absolvição - Impossibilidade. Pena-base fixada no mínimo legal - Reconhecida a agravante prevista no artigo 61, inciso II, "c ", do Código Penal - Pena - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito - Sentença mantida - Apelação da ré não provida.*

### **Artigo 238 –**

***Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:***

***Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.***

***Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.***

### **Denominação:**

O crime recebe o *nomen juris* de promessa ou entrega de filho ou pupilo<sup>237</sup>, ou promessa ou entrega de filho ou pupilo por pagamento ou recompensa<sup>238</sup>.

### **Objetividade jurídica:**

<sup>237</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 536.

<sup>238</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 101.

Tutela-se o direito da criança e do adolescente em ser criado e educado no seio de sua família natural, e, excepcionalmente, em família substituta (art. 19 do Estatuto), protegendo-se especificamente o exercício dos direitos inerentes ao poder familiar e à tutela. Procura-se evitar o tráfico de crianças ou de adolescentes, a sua comercialização, inclusive com a prática conhecida por “barriga de aluguel”.

#### **Sujeito ativo:**

Na figura delituosa prevista no *caput* do dispositivo, o crime é próprio, somente podendo ser cometido pelos genitores e pelo tutor. Acrescente-se, ainda, o guardião judicialmente nomeado, segundo o escólio de Oscar Sebastião Feltrin e Alberto Silva Franco: “*Ainda que a denominação ‘pupilo’ tradicionalmente esteja ligada ao menor somente posto sob tutela, não pode ser afastada a hipótese de simples guarda, onde ao guardião são transferidos, ainda que a título precário, alguns dos atributos do pátrio poder*”<sup>239</sup>. No parágrafo único cuida-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa.

#### **Sujeito passivo:**

É a criança ou o adolescente na condição de filhos, pupilos ou colocados em família substituta através da guarda. Há entendimento, com julgado pioneiro proferido pelo STJ neste sentido<sup>240</sup>, que o nascituro também pode ser vítima deste delito, o que nos parece acertado, quando se tratar da conduta *prometer a entrega*, em face do art. 2º do Código Civil ressaltar os seus direitos desde a concepção.

#### **Tipo objetivo:**

São punidas as seguintes condutas no *caput* do dispositivo: **prometer** (compromissar-se, obrigar-se a dar ou fazer algo, por escrito ou verbalmente) ou **efetivar** (concretizar algo, realizar, levar a efeito, efetuar), verbos que se unem à entrega do filho ou pupilo a terceiro, mediante **paga** (pagamento em dinheiro ou qualquer outro bem que expresse valor econômico) ou **recompensa** (qualquer outra benesse). O crime é formal na conduta *prometer*, consumando-se o delito com o simples compromisso da

<sup>239</sup> Op. cit. p. 536-537.

<sup>240</sup> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME DE PROMESSA DE ENTREGA DE FILHO MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. O VOCABULO "FILHO", EMPREGADO NO TIPO PENAL DO ART. 238 DA LEI 8.069/90, ABRANGE TANTO OS NASCIDOS COMO OS NASCITUROS. TODAVIA, A PROPOSTA GENERICA, SEM ENDEREÇO CERTO, SEM VINCULO DE QUALQUER NATUREZA ENTRE A PROMITENTE E TERCEIRA PESSOA QUE SE PROPONHA A REALIZAR A CONDIÇÃO, E ATO UNILATERAL IMPERFEITO, SEM MAIORES CONSEQUENCIAS, QUE NÃO PREENCHE OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO TIPO EM EXAME. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (STJ, REsp. 48119/RS, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, j. 20.03.1995).

entrega, independentemente da sua efetivação e do recebimento da paga ou recompensa. Se o compromisso for escrito, o crime se consuma no momento em que se dá a realização do documento, admitindo a tentativa quando este não chegar a conhecimento de terceiro por circunstâncias alheias à vontade do agente. Se o compromisso for verbal, basta que seja proferido, não havendo de se falar em tentativa. A promessa, contudo, não pode ser genérica<sup>241</sup>. Na conduta *efetivar*, o crime é material, consumando-se quando da entrega do filho ou pupilo a terceiro ou quando haja recebimento da paga ou recompensa. Podendo a conduta mencionada ser fracionada em diversos atos, admite-se a tentativa.

No parágrafo único há figuras correlatas através das quais se pune o intermediário, o traficante de crianças ou adolescentes, qual seja, outra pessoa que não os pais biológicos, o tutor ou o guardião, que **oferece** (apresenta, propõe para que seja aceito) ou **efetiva** (realiza, efetua, leva a efeito) a paga ou recompensa. Na conduta oferecer o crime é formal, podendo a proposta ser escrita ou verbal, admitindo-se o *conatus* somente na primeira forma. A conduta efetivar encerra crime material, consumando-se com a realização do pagamento ou entrega da recompensa, podendo o comportamento ser fracionado, possibilitando a punição da tentativa.

O crime do art. 238 do ECA prevalece, em face do princípio da especialidade, sobre o delito do art. 245 do Código Penal (Entrega de Filho Menor a Pessoa Inidônea), cuja descrição típica incrimina a conduta do agente que entrega o filho menor de 18 anos (não abrangendo o pupilo) a pessoa em cuja companhia possa a vítima ser colocada em perigo moral ou material, pouco importando para a configuração deste delito se há ou não intuito de lucro, o qual, se existir, configura uma qualificadora (art. 245, § 1º).

#### **Tipo subjetivo:**

O delito é punido a título de dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar as condutas incriminadas, exigindo-se um elemento subjetivo especial consistente no fim de obter a paga ou recompensa. Não há previsão da forma culposa.

#### **Pena:**

---

<sup>241</sup> Vide o julgado supra. Em sentido contrário: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 104.

É de reclusão de um a quatro anos, com previsão cumulativa de multa. Possível a suspensão condicional do processo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Proposta de entrega genérica – descaracterização**

*STJ - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME DE PROMESSA DE ENTREGA DE FILHO MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. O vocabulo "filho", empregado no tipo penal do art. 238 da lei 8.069/90, abrange tanto os nascidos como os nascituros. Todavia, a proposta genérica, sem endereço certo, sem vínculo de qualquer natureza entre a promitente e terceira pessoa que se proponha a realizar a condição, e ato unilateral imperfeito, sem maiores consequências, que não preenche os elementos essenciais do tipo em exame. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 48119/RS, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, j. 20.03.1995).*

### **Potencial consciência da ilicitude**

*TJRS - APELAÇÃO CRIME QUARTA CÂMARA CRIMINAL Nº 70025558925*

*Comarca de Não-Me-Toque*

*Adriane loureiro - apelante*

*Ministério Público - apelado*

*Porto Alegre, 20 de novembro de 2008*

*APELAÇÃO. ART. 238 DO ECA (LEI Nº 8069/90) E ART. 299 DO CP. ENTREGA DO FILHO RECÉM-NASCIDO A CASAL COM MELHORES CONDIÇÕES FINANCEIRAS. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CULPABILIDADE AUSENTE. ABSOLVIÇÃO. Ausente a potencial consciência da ilicitude nas condutas da ré, acreditando que agia para o bem do filho recém-nascido, entregando-o a casal com melhores condições de criá-lo, impositiva a absolvição, por ausência de culpabilidade. Recurso da defesa provido, para absolver a ré das imputações.*

*TJRS - Ementa: APELAÇÃO. ART. 238 DO ECA (LEI Nº 8069/90) E ART. 299 DO CP. ENTREGA DO FILHO RECÉM-NASCIDO A CASAL COM MELHORES CONDIÇÕES FINANCEIRAS. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CULPABILIDADE AUSENTE. ABSOLVIÇÃO. Ausente a potencial consciência da ilicitude nas condutas da ré, acreditando que agia para o bem*

*do filho recém-nascido, entregando-o a casal com melhores condições de criá-lo, impositiva a absolvição, por ausência de culpabilidade. Recurso da defesa provido, para absolver a ré das imputações. (Apelação Crime Nº 70025558925, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 20/11/2008)*

### **Elemento subjetivo**

***TJRS - Ementa: APELAÇÃO CRIME. ART. 238 DA LEI Nº 8.069/90, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. A sentença absolutória bem apanhou os fatos ocorridos, inexistindo crime, por parte da ré. A expressão "mediante paga ou recompensa" contida no artigo 238 do ECA indica a necessidade do elemento subjetivo do tipo, um especial fim de agir, no sentido de obter o agente lucratividade para si ao entregar o filho a terceiro, o que não foi comprovado pelas provas dos autos. Absolvição com base no art .386, III, do CPP. APELO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70043489269, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 05/10/2011)***

### **Artigo 239 –**

***Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:***

***Pena - reclusão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos, e multa.***

---

### **Denominação:**

O crime recebe o *nomen juris* de envio ilícito ou para fins lucrativos de criança ou adolescente para o exterior<sup>242</sup>, ou envio de crianças ou adolescentes de forma irregular ao exterior mediante pagamento<sup>243</sup>, ou ainda tráfico internacional de criança ou adolescente<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> FRANCO, Alberto Silva, e FELTRIN, Sebastião Oscar. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 537.

<sup>243</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 107.

<sup>244</sup> CONDACK, Claudia Canto. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 887.



**Objetividade jurídica:**

Tutela-se o direito da criança e do adolescente em ser criado e educado no seio de sua família natural, e, excepcionalmente, em família substituta, assegurando-se a sua convivência familiar e comunitária (art. 19 do Estatuto), protegendo-se o menor de 18 anos contra o seu envio ao exterior sem o atendimento das exigências ou com a finalidade de lucro. Procura-se coibir o tráfico internacional de crianças ou adolescentes.

**Sujeito ativo:**

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, inclusive os pais e representantes de entidades que realizam contato com famílias estrangeiras para fins de adoção de criança ou adolescente brasileiros.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou o adolescente cujo envio ao exterior se pretende.

**Tipo objetivo:**

Os núcleos do tipo são os verbos **promover** (propiciar, impulsionar, executar, fazer, realizar) ou **auxiliar** (fornecer ajuda, dar suporte, prestar assistência), tendo por objeto material o ato destinado ao envio de criança ou adolescente ao exterior. Promover significa atuar diretamente, enquanto auxiliar consiste em ajudar outra pessoa também envolvida no ato mencionado, mas realizando comportamento acessório.

As condutas devem ser realizadas sem a observância das exigências legais ou com o fito de obter lucro. A expressão “com inobservância das formalidades legais” caracteriza o tipo penal como uma lei penal em branco. As normas específicas que tratam das formalidades para o envio de criança ou adolescente ao exterior são aquelas que disciplinam a adoção estrangeira (art. 46, § 3º, 51, 52-A, 52-C, e 52-D do Estatuto, em face das alterações da Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009) e a viagem ao exterior (arts. 84 e 85 e Resolução 74 do CNJ, de 28 de abril de 2009).

A segunda hipótese de incriminação exige a finalidade de obter lucro, elemento subjetivo especial do tipo, havendo a configuração do delito se as condutas referidas forem perpetradas com este ânimo, havendo ou não a observância das formalidades legais para o envio da criança ou do adolescente para o exterior. O crime é formal e de perigo abstrato, não havendo necessidade que a saia do território nacional ou que o

agente consiga o lucro almejado. Se ocorrerem tais resultados, tem-se mero exaurimento do crime. Ademais, assinala Martha de Toledo Machado: “*Vale destacar que, para sua configuração, o tipo também não exige que o envio da criança ou adolescente ao Exterior esteja ligado a uma finalidade específica, ou a uma finalidade ilícita. De modo que o crime se caracteriza, seja quando o envio da criança ou adolescente ao Exterior se destina a sua colocação em família substituta, a exploração sexual, a exploração do trabalho, ou quando se destina a qualquer outra finalidade, desde que presentes os elementos da forma legal.*”<sup>245</sup> Delito plurissubsistente, podendo a conduta ser fracionada em diversos atos, admite a tentativa.

O crime é qualificado **se praticado mediante violência** (força física), **grave ameaça** (violência moral) **ou fraude** (artifício, ardil, engodo), *conforme o parágrafo único incluído pela Lei 10.764/03*. No caso de violência física, há concurso material de delitos. O crime do art. 239 do ECA revogou tacitamente o disposto no art. 245, § 2º do Código Penal.

#### **Tipo subjetivo:**

O delito é punido a título de dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar as condutas incriminadas, podendo exigir-se um elemento subjetivo especial consistente no fim de obter lucro. Não há previsão da forma culposa.

#### **Competência:**

Em face da ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>246</sup>, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, prevalece no STJ o entendimento que a competência, em tese, para apuração do delito é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, incisos III e V, da Lei Maior. Confira-se a respeito:

#### **Pena:**

É de reclusão de quatro a seis anos, cumulativamente com pena de multa, na forma simples, e de seis a oito anos de reclusão na forma qualificada, além da pena correspondente à violência.

---

<sup>245</sup> *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. Munir Cury (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1070.

<sup>246</sup> Aprovada pelo Decreto Legislativo 28/90 e promulgada pelo Decreto 99.710/90. Acrescente-se que o Brasil subscreveu a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, promulgada através do Decreto 2.740/98.

## JURISPRUDÊNCIA

### Competência - tempo da ação

**STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FATOS PRATICADOS ANTERIORMENTE AO DECRETO 99.710/90. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.** 1. Na letra do artigo 109, inciso III, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal julgar "as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional." 2. Tratando-se de regra processual, ainda que os fatos tenham sido cometidos sob a égide da legislação anterior, compete à Justiça Federal o seu julgamento, tudo na força do princípio tempus regit actum (artigo 2º do Código de Processo Penal). 3. O princípio tempus regit actum em nada ofende o princípio do juiz natural, certo que juízo de exceção seria, ao contrário, vincular a causa a juiz que legalmente já não mais é competente para conhecê-la e decidi-la. 4. Ordem denegada. (STJ, HC 15580-PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 28.06.2001).

### Palavra da vítima/ consunção

**TJRS - Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS PREVISTOS NO ARTIGO 240 DO ECA. MULTIPLICIDADE BENS APREENDIDOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO TERCEIRO FATO. PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO. Autoria e materialidade comprovadas pelo conjunto probatório. Tese defensiva sem respaldo na prova. A palavra das vítimas assume especial relevo nos crimes contra os costumes, mormente quando corroborada por outros elementos de prova como no caso dos autos. Manutenção da sentença condenatória à exceção da condenação em relação ao terceiro fato. Consunção reconhecida. Absolvição forte no artigo 386, VII do Código de Processo Penal. Pena redimensionada. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70042744151, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 01/12/2011)

### Publicidade dos atos/ abolitio criminis

**TJRS - Ementa:** ART. 240, ECA. 1. FUNÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. PUBLICIDADE. EXIGIBILIDADE. 2. ATO PORNOGRÁFICO DE SEXO EXPLÍCITO. FOTOGRAFIA. ART. 241, ECA. REDAÇÃO ANTERIOR. ABOLITIO CRIMINIS. 3. CÓDIGO PENAL. INFRAÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. 1. O delito (produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica), dirige-se à tutela da publicidade dos atos de sexo explícito (cenas de conjunção carnal, mesmo que simuladas) ou pornográficos (cenas de conjunção carnal reais), objetivando

vedar a exposição pelos meios incriminados à degradação pública, protegendo, assim, a moral sexual da criança e do adolescente. Procura a norma coibir a exploração sexual e financeira decorrente da exibição pública. 2. O Art. 241, ECA, em sua redação original, incriminava o ato de fotografar nas circunstâncias denunciadas. A alteração superveniente, afastou a elementar fotografar, para configurar o crime formal ali tipificado. Este dispositivo co-existia, antes de sua alteração, com o Art. 240, ECA, o que deixa óbvio que a elementar fotografar (cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente) não integrava este, mercê do tratamento especializado na norma alterada. Nem se pode admitir que, com a alteração legal posterior, que mais não é que verdadeira abolitio criminis, seja ripristinada no artigo capitulado na denúncia (Art. 240, ECA). 3. As infrações do Código Penal exigem elementares e elementos normativos específicos, ausentes na descrição dos fatos pela denúncia. Recurso provido. (Apelação Crime N° 70018783001, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 09/05/2007)

## **HC – impossibilidade de discussão de provas – denegação**

*STJ, Habeas Corpus n° 79.873-AM*

*5ª Turma*

*J. em 19/02/2008*

*Relatora Ministra Laurita Vaz*

*HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME DE ENVIO DE CRIANÇA PARA O EXTERIOR COM INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA.*

*1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. 2. A denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência, em tese, de crime descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como indícios de autoria, suficientes para a deflagração da persecução penal em desfavor do Paciente. 3. As alegações de inexistência de combinação ou ajuste entre os denunciados, de que o denunciado não prometeu vantagem aos pais da menor, bem como de que o processo de adoção seguiria seu rito regular requerem, para seu reconhecimento, o reexame de matéria fática que somente poderá ser discutida durante a instrução criminal. 4. Não se afigura viável em sede de habeas corpus, sem o devido Processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, inocentar o Paciente da acusação, precipitando prematuramente o mérito. 5. Habeas corpus denegado.*

## **Crime formal**

*STJ, Habeas Corpus nº 39.332-RJ*

*6ª Turma*

*J. em 09/12/2005*

*Relator Ministro Hamilton Carvalho*

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ENVIO DE MENOR AO EXTERIOR. REALIZAÇÃO DAS FORMALIDADES LEGAIS. CONSUMAÇÃO DO DELITO. ORDEM DENEGADA.*

*1. A promoção ou auxílio na prática de ato destinado ao envio de criança ou adolescente ao exterior, com inobservância das formalidades legais, é crime formal, do qual a obtenção do passaporte ou mesmo auxílio para a sua obtenção são apenas formas, entre múltiplas outras, do seu cometimento. 2. Ordem denegada.*

#### **Artigo 240 –**

***Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:***

***Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.***

***§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.***

***§ 2º. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:***

***I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;***

***II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou***

***III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por***

***adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.***

---

### **Histórico:**

O dispositivo em tela e o artigo 241 do Estatuto foram alterados com o advento da Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008, a qual também introduziu novos dispositivos na Lei 8.069/90, os artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E. Consta da ementa da Lei 11.829/08 o seu objetivo de aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, através da criminalização da aquisição e posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na *internet*. O diploma legal é originário de Projeto de Lei do Senado nº 250, tendo como autora a Comissão Parlamentar de Inquérito – Pedofilia (conhecida por CPI da Pedofilia), e atendendo as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro no cenário internacional. Com efeito, o Brasil ratificou, em 27 de janeiro de 2004, dois Protocolos Facultativos à Convenção Sobre os Direitos da Criança<sup>247</sup>.

A Convenção e Protocolo Facultativo referente à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis (2000) trazem em seu texto obrigações de criminalização<sup>248</sup>.

Com efeito, no seu artigo 34, a Convenção preceitua que os Estados-partes se comprometem a proteger a criança (abrangendo o adolescente, eis que o tratado

---

<sup>247</sup> A Convenção Sobre os Direitos da Criança foi adotada pela ONU em 20 de novembro de 1989, entrando em vigor em 2 de setembro de 1990, e foi ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, promulgada pelo Decreto Executivo 99.710, de 21 de novembro de 1990.

<sup>248</sup> Ao lado dos princípios e garantias herdados da concepção do Estado Liberal de Direito, enquanto somente guardião dos direitos individuais limitadores da incidência do Direito Penal, encontram-se, expressos ou implícitos, nas Constituições dos Estados Democráticos e Sociais de Direito, mandados de criminalização, que também recebem a denominação “cláusulas de criminalização” (a expressão é empregada por LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003) quais sejam normas constitucionais com ordem de tipificação de condutas ou de tratamento mais severo a fatos já incriminados, destinada ao legislador ordinário. A Constituição Federal de 1988 ostenta mandados expressos de criminalização, destacando-se o artigo 227, § 4º: “*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*”. Nos tratados internacionais de direitos humanos, contendo em seu bojo a justa preocupação com a punição penal dos violadores de suas normas, também são identificados mandados de criminalização, sendo que o liame entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal consagrou-se na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, ao prever o dever dos Estados em punir criminalmente os agentes de graves violações dos direitos humanos e a obrigação de ab-rogar leis que conduzam à impunidade de tais pessoas (confira-se a respeito: RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 62, setembro-outubro de 2.006).

internacional não adota a terminologia dual, considerando como criança todo ser humano menor de 18 anos de idade) contra todas as formas de *exploração e abuso sexual*, fazendo uso de todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral, necessárias (*portanto, inclusive penais*) para impedir a exploração de criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais e também a exploração de crianças em espetáculos ou materiais pornográficos.

O Protocolo Facultativo, após definir no seu artigo 2º a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantil, para fins de sua aplicação, determina, no seu artigo 3º, que todos os Estados-partes deverão garantir que, no mínimo, os seguintes atos e atividades sejam plenamente abrangidos pelo seu direito criminal ou penal, quer sejam cometidos em nível interno ou transnacional, ou numa base individual ou organizada: no contexto de uma venda de uma criança, tal como definida no art. 2º, alínea “a”: (i) a oferta, emprego, ou aceitação de criança, por qualquer meio, para fins de exploração sexual, transferência de órgãos com fins lucrativos, e submissão a trabalho forçado; (ii) a indução do consentimento de forma indevida, como intermediário, para a adoção de uma criança em violação dos instrumentos internacionais aplicáveis com a oferta, obtenção, procura ou entrega de uma criança para fins de prostituição infantil e a **produção, distribuição, difusão**, importação, exportação, **oferta, venda** ou **posse** para fins de pornografia infantil (grifos nossos).

#### **Denominação:**

Na redação original do artigo 240 do Estatuto, o tipo penal recebera da doutrina a denominação de utilização de criança ou adolescente em espetáculo de sexo explícito ou pornográfico<sup>249</sup> ou de utilização de criança ou adolescente em cena pornográfica<sup>250</sup>. Posteriormente, foi alterado pela Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003, e denominado por Cláudia Canto Condack como crime de utilização de criança ou adolescente em cena pornográfica, de sexo explícito ou vexatória<sup>251</sup>.

Com o fito de se cotejar a redação atual com as descrições típicas anteriores, tem-se o seguinte quadro:

<sup>249</sup> FELTRIN, Sebastião Oscar, FRANCO, Alberto Silva, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 538.

<sup>250</sup> CHAVES, Antônio, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1997, p.755; e FONSECA, Antonio Cezar Lima da, *Crimes contra a criança e o adolescente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p.111.

<sup>251</sup> *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 889.

Redação original	Redação pela Lei 10.764/03	Redação atual (Lei 11.829/08)
<p>Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica.</p>	<p>Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva, cinematográfica, atividade fotográfica, ou qualquer outro meio visual, utilizando-se de criança ou adolescente em cena pornográfica, de sexo explícito ou vexatória.</p>	<p><b>Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.</b></p>
<p>Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>	<p>Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.</p>	<p><b>Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</b></p>
<p>Parágrafo único: Incorre na mesma pena quem, nas condições referidas neste artigo contracenava com criança ou adolescente.</p>	<p>§ 1º Incorre na mesma pena quem, nas condições referidas neste artigo, contracenava com criança ou adolescente.</p>	<p><b>§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenava.</b></p>
	<p>§ 2º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos:</p> <p>I-se o agente comete o crime no exercício de emprego, cargo e função;</p> <p>II-se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.</p>	<p><b>§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:</b></p> <p><b>I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;</b></p> <p><b>II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou</b></p> <p><b>III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por</b></p>



		<b>adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.</b>
--	--	--

### **Objetividade jurídica:**

É a tutela da integridade física, psíquica e moral da criança ou do adolescente, da sua dignidade sexual e de sua honra objetiva. Conforme o art. 17 do Estatuto, o direito fundamental ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da sua imagem, identidade, autonomia, dos seus valores, ideais e crenças, dos seus espaços e objetos pessoais, preceituando ainda o artigo 18 que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório e constrangedor. Mais específico Guilherme de Souza Nucci assinala que o objeto jurídico do crime em tela é a proteção à escorreta formação moral da criança ou do adolescente<sup>252</sup>, posicionamento que também perfilhamos, dada a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º da Lei 8.069/90), vislumbrando-se ainda, especificamente, a afetação da liberdade sexual da vítima<sup>253</sup>.

### **Sujeito ativo:**

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo deste crime e não somente, conforme se depreendia da redação anterior, o diretor ou produtor da peça de teatro, do programa de televisão, do filme e da atividade fotográfica. Cuida-se de crime comum.

### **Sujeito passivo:**

É a criança ou adolescente utilizada em cena de sexo explícito ou pornográfica, assim definidas pelo artigo 241-E do Estatuto, norma penal explicativa introduzida pela Lei 11.829/08.

<sup>252</sup> *Leis penais e especiais e processuais penais comentadas*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 256.

<sup>253</sup> “O Código Penal busca assegurar, por meio dos tipos incriminadores, a punição dos agentes que cometam atos violentos contra a liberdade sexual, além de outros configuradores de fraudes, assédios e investidas diretas com relação às vítimas. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em visão mais particularizada, tem por fim a punição, no cenário da liberdade sexual, de agentes que envolvam crianças e adolescente em práticas sexuais, com o objetivo de satisfação da lascívia, em grande parte dos casos, porém sem haver o contato sexual direto, ao menos necessariamente” (NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e especiais e processuais penais comentadas*, p. 252).

**Tipo objetivo:**

Trata-se de tipo misto alternativo, constituído vários verbos (núcleos), descrevendo condutas que, se praticadas num mesmo contexto fático, encerram um crime único e não concurso de delitos. Punem-se as seguintes condutas: **produzir** (realizar, levar a efeito, elaborar, fabricar, criar, gerar, efetivar, dar origem), **reproduzir** (voltar a produzir, repetir, copiar, imitar), **dirigir** (comandar, conduzir, orientar), **fotografar** (reproduzir ou imprimir pela fotografia a imagem de alguém), **filmar** (registrar a imagem e som em filme, cinematografar) ou **registrar** (por ou reter em memória, lançar em banco de dados, fazer o registro), por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

O artigo 241-E do Estatuto não distingue cena de sexo explícito da cena pornográfica, estipulando que ambas compreendem qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição de órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre e Rogério Sanches Cunha preferem assinalar que a cena de sexo explícito pressupõe contato físico entre os personagens, enquanto a cena pornográfica revela imagens que exprimem atos obscenos, não necessariamente com contato físico<sup>254</sup>. Assim, vê-se que, mesmo com a introdução da norma penal explicativa pela Lei 11.829/08, a expressão empregada não deixa de ser um elemento normativo do tipo, demandando uma valoração pelo intérprete. Trata-se, portanto, de um tipo penal aberto.

No parágrafo 1º, tipificam-se condutas equiparadas àquelas descritas no *caput*, prevendo a punição de quem **agencia** (coopta, diligencia ou promove o encontro entre duas ou mais pessoas, representando uma delas), **facilita** (propicia, torna ou faz algo possível de realização sem ou com menor esforço), **recruta** (angaria), **coage** (constrange, força), ou, de qualquer modo (crime de forma livre) **intermedeia** (intercede, intervém, ou coloca-se entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de promover, estabelecer contato), a participação da criança ou de adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, bem como quem com eles **contracena** (participa da cena, atua, representa, interpreta).

---

<sup>254</sup> *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 550, nota 4.

Verifica-se que as condutas previstas no *caput* destinam-se aos agentes que lidam diretamente com a elaboração do material pornográfico. No parágrafo 1º há previsão das ações relacionadas aos agentes que a promovem indiretamente<sup>255</sup>.

As condutas incriminadas classificam-se como crimes formais e de perigo abstrato.

#### **Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Assim, pouco importa se age com o fim de satisfazer a lascívia ou não, se o intuito é ou não de lucro. Não há previsão da forma culposa.

#### **Consumação e tentativa:**

Consuma-se o crime com a efetiva produção, reprodução, direção, ato de fotografar, filmar ou registrar cena de sexo explícito ou cena pornográfica, que envolva a criança ou o adolescente, e das condutas equiparadas, com o agenciamento, facilitação, recrutamento, coação ou intermediação na participação infanto-juvenil nas cenas referidas, bem como quando se dá a atuação, representação e interpretação destas com as vítimas. O crime, formal, não exige, para a sua consumação, o resultado naturalístico, bastando que a criança ou adolescente participe das cenas. Admite-se a tentativa, eis que se cuida de crime plurissubsistente.

#### **Pena:**

Houve elevação da sanção penal, anteriormente de dois a seis anos de reclusão (Lei 10.764/03) para quatro a seis anos de reclusão, mantendo-se a previsão cumulativa da pena de multa, continuando, assim, afastada a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Impingida a pena no mínimo, admite-se, se preenchidos os requisitos subjetivos, a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos ou por uma pena restritiva de direitos e multa, na conformidade do art. 44 do Código Penal, o que afronta a determinação constitucional (art. 227, § 4º, da CF: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”).

#### **Causas de aumento de pena:**

---

<sup>255</sup> Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e especiais e processuais penais comentadas*, p. 255.

O § 2º prevê o aumento da pena em 1/3 se o crime é cometido no exercício do cargo (é o lugar criado por lei nos órgãos públicos, para ser provido por agente público, que exercerá as funções que lhe forem conferidas; o cargo é lotado no órgão público; o agente público é investido no cargo, titularizando-o) ou função pública (atribuição de tarefas ao agente público, ainda que este não ocupe cargo ou emprego público). Inclui-se, por interpretação extensiva, o emprego público (ao qual são atribuídas funções que serão desempenhadas por pessoa contratada segundo a CLT).

Também incide a majorante se o crime é praticado a pretexto de exercer o cargo, emprego ou função pública, isto é, vale-se o agente público de sua posição na Administração Pública para o cometimento do delito em tela, não estando no exercício de suas atribuições.

O crime ainda recebe a majoração se o agente o pratica prevalecendo-se de relações domésticas (convívio duradouro de pessoas numa vida familiar, ainda que não exista vínculo de parentesco entre elas) de coabitação (habitação sob o mesmo teto) e de hospitalidade (visita, estada provisória em casa alheia), ou prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor (professor encarregado da educação no lar), empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

O aumento de pena preconizado para as situações elencadas nos incisos II e III do § 2º deve-se, justificadamente, pela maior proximidade e pela facilidade do acesso do agente com a relação à criança ou adolescente.

### **Concurso de delitos:**

Se a vítima for menor de 14 anos e efetivamente participar da cena pornográfica ou de sexo explícito, haverá concurso com o crime do artigo 217-A do Código Penal<sup>256</sup>, introduzido pela Lei 12.015/09, com o *nomen juris* de estupro de vulnerável, crime

---

<sup>256</sup> **Estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena- reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

erigido como hediondo e de ação penal pública incondicionada, nos termos da redação do atual artigo 225, parágrafo único, do Estatuto Repressivo.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Concurso de crimes/ crime hediondo/ regime inicial fechado**

*TJRS, Apelação Criminal nº 70033274861*

*3ª Câmara Criminal*

*J. em 04/11/2010, Comarca de Alegrete*

*Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel*

*LEI 11.343/06. DROGAS. ART. 33, CAPUT. TRÁFICO. NATUREZA DO FATO E AUTORIA. Prova suficiente para a condenação do réu. Palavra segura das vítimas, testemunhas e dos policiais que apreenderam maconha e crack, as quais eram fornecidas as menores que frequentavam o local. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, LEI 11.343/06. Condições pessoais do agente, aliadas às circunstâncias do fato, não autorizam o benefício. Majorante. art. 40 da lei 11.343/06. Fornecimento de drogas a menores. Prova eficiente. Correta a aplicação do aumento de metade, atinente a majorante do art. 40 da Lei 11.343/06. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28. Para tanto, não basta a simples alegação da condição de usuário pela Defesa. LEI 9.605/98. ART. 56. CRIME AMBIENTAL. ARMAZENAR GASOLINA INAPROPRIADAMENTE. Réu que mantinha no interior de sua casa, a qual era ligada ao seu estabelecimento comercial (lan house) sessenta litros de gasolina sem condições de segurança e sem autorização. ART. 240 DO ECA (NOVA REDAÇÃO). FOTOGRAFAR CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CENAS PORNOGRÁFICAS. Comprovado que o réu tirava fotos das menores nuas ou semi-nuas, não apenas pelas declarações prestadas, como pelos documentos acostados aos autos. ART. 213. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. Réu que praticava cópula vaginal e anal com menores de 14 anos, em sua casa. Palavra segura das vítimas, associada as demais evidências. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE Recalculadas, por efeito da alteração legislativa, reunindo sob o 'nomen juris' de estupro condutas que antes configuravam crimes diversos. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. Tratando-se de crimes hediondos, bem como a quantidade da pena, o regime de cumprimento será o inicial fechado. PENA PECUNIÁRIA. Aplicada com moderação, em proporção à pena privativa de liberdade. APELO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME.*

### **Exigência de publicidade**

**TJRS - Ementa:** ART. 240, ECA. 1. FUNÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. PUBLICIDADE. EXIGIBILIDADE. 2. ATO PORNOGRÁFICO DE SEXO EXPLÍCITO. FOTOGRAFIA. ART. 241, ECA. REDAÇÃO ANTERIOR. ABOLITIO CRIMINIS. 3. CÓDIGO PENAL. INFRAÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. 1. O delito (produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica), dirige-se à tutela da publicidade dos atos de sexo explícito (cenas de conjunção carnal, mesmo que simuladas) ou pornográficos (cenas de conjunção carnal reais), objetivando vedar a exposição pelos meios incriminados à degradação pública, protegendo, assim, a moral sexual da criança e do adolescente. Procura a norma coibir a exploração sexual e financeira decorrente da exibição pública. 2. O Art. 241, ECA, em sua redação original, incriminava o ato de fotografar nas circunstâncias denunciadas. A alteração superveniente, afastou a elementar fotografar, para configurar o crime formal ali tipificado. Este dispositivo co-existia, antes de sua alteração, com o Art. 240, ECA, o que deixa óbvio que a elementar fotografar (cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente) não integrava este, mercê do tratamento especializado na norma alterada. Nem se pode admitir que, com a alteração legal posterior, que mais não é que verdadeira abolitio criminis, seja repristinada no artigo capitulado na denúncia (Art. 240, ECA). 3. As infrações do Código Penal exigem elementares e elementos normativos específicos, ausentes na descrição dos fatos pela denúncia. Recurso provido. (Apelação Crime Nº 70018783001, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 09/05/2007)

#### Artigo 241 –

***Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:***

***Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”***

---

#### Artigo 241-A –

***Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:***

---

*Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*

*§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:*

*I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;*

*II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.*

*§ 2º. As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.*

---

#### **Artigo 241-B –**

*Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

*§ 1º. A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.*

*§ 2º. Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:*

*I – agente público no exercício de suas funções;*

---

*II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;*

*III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.*

*§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.*

---

#### Artigo 241-C –

*Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.*

---

#### Artigo 241-D –

*Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:*

---



***Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.***

***Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:***

***I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;***

***II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.***

---

**Artigo 241-E –**

***Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.”***

---

### **Histórico:**

Na redação original do artigo 241 do Estatuto o tipo penal recebera da doutrina a denominação de crime de fotografia ou publicação de cena de sexo explícito ou pornográfica<sup>257</sup> ou de fotografia ou publicação de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente<sup>258</sup>. Com a alteração levada a efeito pela Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003, foi denominado por Claudia Canto Condack de difusão de pedofilia<sup>259</sup>. Na época, houve polêmica na jurisprudência no que tange à tipicidade da conduta fotografar<sup>260</sup>.

<sup>257</sup> FELTRIN, Sebastião Oscar, FRANCO, Alberto Silva, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 538.

<sup>258</sup> CHAVES, Antonio, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1997, p. 756.

<sup>259</sup> *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.), 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 892. Assinale-se que não se visa a punir o pedófilo pura e simplesmente em razão de ser portador de uma parafilia enquadrada como transtorno sexual e da identidade de gênero, conforme o Manual Diagnóstico e Estatísticos de Transtornos Mentais (DSM-IV-TR), ou de um transtorno de preferência sexual, consoante classificação CID-10, mas de condutas associadas à pedofilia (confira-se a respeito:

Também com o fito de se cotejar a redação atual com as anteriores, tem-se o seguinte quadro:

Redação original	Redação pela Lei 10.764/03	Redação atual (Lei 11.829/08)
Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente	Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou Internet, fotografias ou imagens de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente	<b>Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:</b>
Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos	Pena: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa	<b>Pena- reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa</b>
	§ 1º Incorre nas mesmas penas quem I- agencia, autoriza, facilita, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo;  II- assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste	<b>Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e</b>

TRINDADE, Jorge, BREIER, Ricardo, *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 27-28, 30 e 97).

<sup>260</sup> A conduta fotografar era prevista na redação original do artigo 241 do Estatuto, deixando de constar como um dos núcleos do tipo mencionado com a alteração levada a efeito pela Lei 10.761/03. Segundo alguns julgados, a modificação fez com que a conduta referida deixasse de ser crime (TJSP, Ap.444.907-3/9, Rel. Des. Segurado Braz, j. 03.05.05, e Ap. 968.174-3/3, Rel. Zorzi Rocha, j. 19.12.08), mas também se decidiu pelo não acolhimento de alegação de atipicidade da conduta, pois ficara demonstrado que o agente *produziu atividade fotográfica* utilizando-se de criança em cena pornográfica, caracterizando o crime do artigo 240 do ECA, com redação dada pela Lei 10.764/03 (TJSP, Apelação Criminal 1.025.581.3/6, Rel. Des. Marcos Zanuzzi, j. 22.03.07). Na atual redação do artigo 240 do Estatuto, o verbo fotografar é um dos núcleos do tipo, sendo que remanesce o interesse da discussão somente na hipótese de conflito de leis penais no tempo.

	<p>artigo;</p> <p>III- assegura, por qualquer meio o acesso, na rede mundial de computadores ou Internet, das fotografias, cenas ou imagens na forma do caput deste artigo</p>	<p><b>multa.</b></p> <p><b>§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;</b></p> <p><b>II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.</b></p> <p><b>§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.</b></p>
	<p>§ 2º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos:</p> <p>I- se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício do cargo ou função;</p> <p>II- se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial</p>	

**Objetividade jurídica e objetos materiais:**

Nos crimes dos artigos 241, 241-A, 241-B e 241-C do ECA, a objetividade jurídica é a tutela da integridade moral da criança e do adolescente, sua dignidade sexual e sua honra objetiva. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente ao respeito e à dignidade, preconizados nos artigos 17 e 18 do Estatuto são claramente afetados pelas condutas incriminadas. O objeto material nos referidos delitos é o vídeo, fotografia ou qualquer forma registro contendo cena pornográfica ou de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente. No crime do artigo 241-C, pode ser objeto material qualquer forma de representação visual. No artigo 241-D tutela-se, além da formação moral da criança, a sua liberdade sexual, ao se procurar impedir a ocorrência de crime sexual, como, *v.g.*, o estupro de vulnerável.

**Sujeito ativo:**

Qualquer pessoa pode praticar as condutas delituosas. São crimes comuns.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou adolescente envolvida na cena de sexo explícito ou pornográfica, nos artigos 241 a 241-B, ou na simulação de sua participação nestas, por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer forma de representação visual, no artigo 241-C. Na figura típica do artigo 241-D somente a criança, pessoa com até doze anos incompletos, pode ser vítima do crime.

**Tipo objetivo, tipo subjetivo, consumação e tentativa, e sanção penal com relação aos artigos 241 a 241-D da Lei 8.069/90:**

No artigo 241 do Estatuto, as condutas incriminadas são: **vender** (alienar por certo preço, trocar por dinheiro, ceder em troca de determinado valor, não importando a forma de pagamento ou a sua efetivação) e **expor à venda** (mostrar, oferecer, apresentar para alienação), tendo por objetos materiais a fotografia, vídeo ou registro que contenha cena com atividades sexuais explícitas ou de libidinagem envolvendo criança e adolescente. As condutas são punidas a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir, como, por exemplo, a finalidade de lucro, que é despicienda para a configuração do delito em tela. Inexiste previsão da modalidade culposa. Consuma-se com a efetiva venda ou com a exposição para tanto. Não reclama habitualidade. A tentativa é admissível, pois se cuida de crime plurissubsistente. O crime é ainda classificado como comum, formal, unissubjetivo, de forma livre, de perigo abstrato e

instantâneo. A **pena** abstratamente cominada é de reclusão de quatro a oito anos, com multa cumulativa. Não cabe transação penal ou suspensão condicional do processo. Inviável o sursis.

No **artigo 241-A do ECA** são punidas as condutas, no que tange ao material pornográfico infanto-juvenil, de **oferecer** (propor, apresentar para que seja aceito), **trocar** (permutar, substituir uma coisa por outra), **disponibilizar** (tornar acessível para que seja adquirido, o que não deixa de ser uma forma de oferecer ao público, possibilitar o acesso), **transmitir** (mandar, enviar, remeter), **distribuir** (entregar a várias pessoas), **publicar** (tornar público, manifesto, fazer circular de modo amplo, como por exemplo, através de revista, jornal ou cartazes) ou **divulgar** (difundir, propagar, espalhar). Os núcleos do tipo podem ser praticados *por qualquer meio*, e, portanto, a descrição típica abrange todos os meios de comunicação, inclusive a *internet*. Aqui também estamos diante de um tipo misto alternativo, e, portanto, a prática de mais de uma conduta num mesmo contexto fático, não implica em concurso de crimes. As condutas são punidas a título de dolo, não havendo exigência de um fim especial de agir, sendo despidendo o intuito de lucro. O crime é comum, formal e de perigo abstrato. O crime é permanente nas condutas disponibilizar e divulgar, sendo instantâneo nas demais.

No parágrafo 1º do referido dispositivo há previsão de condutas equiparadas. Pune-aquele que **assegura** (garante, proporciona com certeza, torna seguro) os meios ou serviços para o **armazenamento** (mantença em depósito) dos objetos materiais referidos no *caput* que contenham material pornográfico infanto-juvenil (inciso I), bem como assegura, por qualquer meio, o **acesso** (estabelecimento de comunicação entre dispositivos de computador, ingresso) por meio de rede de computadores (e, portanto, através da *internet*, rede mundial de computadores, ou de qualquer outro tipo de conexão, como pode existir internamente em empresas) às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* do artigo (inciso II).

Interessante inovação está prevista no § 2º: as condutas descritas nos incisos I e II, do § 1º do artigo 241-A somente serão puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, uma vez oficialmente notificado, *deixa de desabilitar o acesso* ao conteúdo ilícito de que trata o *caput*, ou seja, ao material de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente. Trata-se de *causa objetiva de punibilidade*. Destarte, os crimes equiparados são **permanentes**, eis que, por exemplo,

havendo a notificação oficial de um provedor da rede mundial de computadores ou o mantenedor de um *site*, e não ocorrendo a interrupção do acesso ao conteúdo ilícito, a consumação protraí-se no tempo, ou seja, enquanto houver o armazenamento do material ou for mantido o acesso às fotografias, vídeo ou outro registro contendo as cenas espúrias. A notificação deve ser feita por autoridade competente para a apuração dos fatos delituosos (v.g. Polícia Civil e Ministério Público) e dirigida a quem seja efetivamente capaz de desabilitar ou determinar a desabilitação do acesso ao material<sup>261</sup>.

A **pena** abstratamente cominada é de reclusão de três a seis anos, com multa cumulativa. Não cabe transação penal ou suspensão condicional do processo. Inviável o *sursis*.

O **artigo 241-B do Estatuto** prevê as seguintes condutas típicas: **adquirir** (obter, alcançar algo, conseguir, comprar), **possuir** (ter em seu poder, deter) ou **armazenar** (guardar, ter em depósito), por qualquer meio, fotografia, vídeo, ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. A introdução da nova figura típica é salutar. O possuidor e o adquirente do material pornográfico infanto-juvenil, bem como aquele que guarda consigo o conteúdo ilícito, alimentam todo um encadeamento de crimes, da produção das cenas de sexo explícito e pornográficas de que participam criança ou adolescente, passando pela sua oferta, comercialização e difusão. Punindo-os, procura-se desestimular a prática destes delitos. Não se cuida aqui da adoção do denominado direito penal de autor<sup>262</sup>, de se tutelar valores puramente morais. As condutas previstas

---

<sup>261</sup> Nesse sentido: ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.554.

<sup>262</sup> Decorre do princípio da culpabilidade que a responsabilidade pelo fato delituoso é pessoal, eis que fundada na vinculação subjetiva, individual. Embora a ideia inicialmente possa conduzir a uma concepção de Direito Penal do autor, em face de ter como centro apenas o indivíduo e não o ilícito, o Direito Penal moderno é o Direito Penal do fato. O juízo de reprovação recai sobre o fato do agente, o comportamento humano que realiza o injusto penal. O sistema punitivo de um Estado Democrático de Direito não acomoda concepções de culpabilidade que coloca em foco, com primazia absoluta, a pessoa do autor, tais como a culpabilidade do caráter, pela conduta de vida, e pela decisão de vida. Tais concepções estiolam o mandato de tolerância de um sistema punitivo democrático que não tem por missão ser tutor moral de um cidadão, moldar o homem, mas sim a proteção de bens jurídicos. Francisco de Assis Toledo assinala que a construção de um sistema punitivo pode tomar por base o fato ou o autor ou ambos ao mesmo tempo, qualificando como puro “Direito Penal do fato” como o sistema que considerasse exclusivamente o fato em contraposição “Direito Penal do autor” puro, no qual se leva em conta somente o autor, destacado do fato, ponderando que nenhum sistema apresenta essa pureza, tanto assim que entre as duas posições situam-se as correntes moderadas em prol de um Direito Penal do fato que também considere o autor (*Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed. 13ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 241) O ponto de partida será, portanto, o fato do agente, que terá precedência. Posteriormente, o agente será considerado no juízo de censura. Na hipótese do artigo 241-B do Estatuto há evidente potencialidade lesiva das condutas incriminadas para os bens jurídicos protegidos, sendo inequívoca a sua danosidade social, encontrando-se atendidos os juízos político-criminais da dignidade penal e da carência de tutela penal, não havendo de falar em punição apenas pelo modo de ser do agente. Ressalte-se que o Código Penal espanhol (art. 189.2) e o português (art. 172) punem a mera posse de material pornográfico infanto-juvenil (TRINDADE, Jorge, BREIER, Ricardo, *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 116).

revestem-se de danosidade social e os bens jurídicos tutelados apresentam inequívoca dignidade penal. Os comportamentos incriminados são punidos a título de dolo, não havendo exigência de um fim especial de agir. Não há forma culposa. O crime é comum, formal, e de perigo abstrato, permanente nas condutas possuir e armazenar, instantâneo na conduta adquirir.

*A pena abstratamente cominada* é de reclusão de um a quatro anos e multa, admitindo-se, assim, a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95). Há uma causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 1º: a sanção penal é diminuída de 1 a 2/3 se o material é de pequena quantidade. Afasta-se, assim, a possibilidade de acolhimento do denominado princípio da insignificância para exclusão da tipicidade, eis que a posse de apenas uma foto, vídeo ou registro da cena, acarreta potencialidade lesiva aos bens jurídicos tutelados, quais sejam a dignidade sexual, a honra objetiva e a formação moral da criança ou do adolescente nela envolvidos, embora com reprovação atenuada.

**Causas de exclusão de ilicitude:** No parágrafo 2º do artigo 241-B há previsão de causas excludentes de ilicitude. Com efeito, *não há crime se a posse e o armazenamento* (portanto, a conduta adquirir não é alcançada pela justificativa) ostentam a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos artigos 240, 241, 241-A e 241-C do Estatuto, quando a denúncia for levada a efeito por agente público (ocupante de cargo, emprego ou função pública) no exercício de suas funções (inciso I); por membro de entidade legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícias dos referidos crimes (inciso II); e por representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, *até o recebimento do material* relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário (inciso III).

No inciso I tem-se uma hipótese de estrito cumprimento do dever legal, dizendo respeito ao agente público que exerce atividades relacionadas à proteção dos direitos da criança e do adolescente e aquele vinculado à investigação criminal. O inciso II contempla uma situação específica de exercício regular de um direito, que tem notadamente por destinatárias as entidades não governamentais de proteção dos direitos da criança e do adolescente contra o seu abuso e exploração sexual através da produção, difusão e guarda de material pornográfico infanto-juvenil, podendo receber e

encaminhar às autoridades competentes denúncias de suas práticas. A causa excludente de antijuridicidade do inciso III encontra fundamento na atividade levada a efeito pelos provedores de acesso e mantenedores de *sites*, que, ao lidar com toda a gama de material que circula na rede mundial de computadores, podem receber involuntariamente fotografias, vídeos e outros registros envolvendo criança e adolescente em produção de sexo explícito ou pornográfica que torna “natural que possam manter esses registros com o fim de comunicação à autoridade competente”<sup>263</sup>, cuidando-se de uma outra hipótese de estrito cumprimento do dever legal, pois não se trata de mera faculdade, mas de obrigação, tanto assim que detectado o armazenamento das cenas espúrias será o representante legal de tais entes notificado oficialmente a desabilitar o seu acesso, sob pena de responder pelo crime do art. 241-A, consoante acima foi visto.

O artigo 241-C do ECA criminaliza a conduta **simular** (fingir, disfarçar, representar de forma semelhante, fazer simulacro, reproduzir de forma aproximada da realidade) a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, comportamento que pode ser executado por meio de *adulteração* (falsificação, contrafação), *montagem* (arranjo, ato ou efeito de montar ou sobrepor imagens), ou *modificação* (alteração, transformação) de vídeo, fotografia ou qualquer outra forma de representação visual.

No parágrafo único são equiparadas as condutas de **vender, expor à venda, disponibilizar, distribuir, publicar, ou divulgar**, por qualquer meio, bem como **adquirir, possuir ou armazenar**, o simulacro de material pornográfico infanto-juvenil produzido. O significado de cada um destes verbos encontra-se nos tipos acima mencionados, aos quais nos reportamos.

O crime é punido a título de dolo e não exige especial fim de agir. Consuma-se com a prática de cada uma das condutas, independentemente de dano à formação moral da criança ou do adolescente. Cuida-se de crime formal e de perigo abstrato. Admite a tentativa, pois é plurissubsistente.

A **pena** é de reclusão de um a três anos, com multa cumulativa, admitindo-se a suspensão condicional do processo.

---

<sup>263</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e especiais e processuais penais comentadas*, p. 266, observando que a manutenção do material deve ser breve, em tempo suficiente para transmissão dos dados aos agentes públicos.



No artigo 241-D do ECA punem-se as ações de **aliciar** (seduzir, atrair), **assediar** (molestar, perseguir de forma insistente, importunar), **instigar** (incitar, estimular) ou **constranger** (forçar, compelir, incomodar), por *qualquer meio de comunicação* (portanto, inclusive *internet*) **criança** (pessoa com até doze anos incompletos), *com o fim de com ela praticar ato libidinoso*. São equiparadas no parágrafo único as condutas de **facilitar** (tornar mais fácil) ou **induzir** (sugerir, incutir) o acesso à criança de material pornográfico infanto-juvenil, também com o fim de com ela praticar ato libidinoso (inciso I); e de praticar as condutas descritas no *caput*, com a finalidade de **induzir** (aqui no sentido de levar) criança a se **exibir** (mostrar-se, expor-se) de forma pornográfica ou sexualmente explícita (inciso II).

O crime é punido a título de dolo, aqui sendo exigido elemento subjetivo especial do tipo, o denominado dolo específico, consistente, no *caput* e no parágrafo único, inciso I, na finalidade de praticar com a criança ato libidinoso, e no inciso II, de obtenção de cena de sexo explícito ou pornográfica. O crime se consuma com a prática das condutas descritas no tipo, sem que haja a necessidade da produção do resultado naturalístico, consistente na afetação da formação moral da criança. O crime é formal, de perigo abstrato e, por ser plurissubsistente, admite a tentativa. É semelhante ao delito previsto no artigo 218 do Código Penal<sup>264</sup>, com a redação dada pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Contudo, na figura típica do Estatuto, como bem destaca André Estefam, “*o agente não atua como intermediário da luxúria alheia (proxeneta), mas busca dar vazão ao próprio prazer sexual*”<sup>265</sup>.

A **pena** é de um a três anos de reclusão, cumulada com multa, admitindo, destarte, a suspensão condicional do processo.

#### **Norma penal explicativa:**

Por fim, o artigo 241-E traz uma norma penal explicativa, que não incrimina condutas ou determina a sua impunidade, mas sim procura aclarar o conteúdo de tipos penais. No dispositivo em questão, o legislador define o que se compreende pela expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica”: qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas (visíveis), reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins

---

<sup>264</sup> Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

<sup>265</sup> *Crimes sexuais: comentários à lei 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

primordialmente sexuais. A definição não é completa, pois não abarca todas as situações de encenação que ensejam representação de pornografia infanto-juvenil, necessitando de uma valoração cultural pelo intérprete, o que caracteriza os novos tipos penais como abertos.

### **Competência:**

Em regra, a competência para o processo e julgamento dos crimes tipificados no artigo 240 e 241 do ECA é da Justiça Estadual, sendo competente a Justiça Federal para a apuração dos crimes previstos em tratados ou convenções internacionais, como é o caso das infrações penais em tela, em face da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança e o Protocolo Facultativo referente à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro ou reciprocamente (art. 109, V, da CF). Outrossim, será competente o Juízo do local onde se deu a publicação do material pornográfico infanto-juvenil e não do armazenamento das imagens.

Confira-se a respeito os seguintes julgados, os quais vieram a delinear o entendimento hoje prevalecente no E. STJ, embora anteriores ao advento da Lei 11.829/08:

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Conflito de competência**

*STJ - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. OPERAÇÃO CARROSSEL. ASSEGURAÇÃO DE ACESSO, NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES OU INTERNET, DE IMAGENS, FOTOGRAFIAS E CENAS PORNOGRÁFICAS ENVOLVENDO CRIANÇAS OU ADOLESCENTES (ART. 241, §1º, III DO ECA). PRISÃO EM FLAGRANTE OCORRIDA EM SÃO PAULO. LIBERDADE PROVISÓRIA. JUÍZO COMPETENTE. LOCAL DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTE DA 3ª SEÇÃO DESTE STJ. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE SÃO PAULO, ORA SUSCITADO.*

*1. A 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça já teve oportunidade de apreciar a tese referente à consumação do delito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmando que aquela ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial*

*de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas ou a sua efetiva visualização pelos usuários (CC 29.886/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 12.12.07).*

*2. Na hipótese, assim como no precedente supra citado, não se constatou conexão probatória entre as condutas dos diferentes investigados que justificasse a aplicação da regra de qualquer dos incisos do art. 76 ou 78, II, c, ambos do CPB, que disciplinam a competência por conexão e prevenção, cuidando-se de condutas autônomas, praticados por agentes distintos.*

*3. Parecer do MPF pela competência do Juízo suscitado.*

*4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal de São Paulo, o suscitado (CC 94423-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25.06.2008).*

### **STJ - Conflito de Competência nº 57.411-RJ**

#### **3ª Sessão do STJ**

**J. em 13/02/2008**

#### **Relator Ministro Hamilton Carvalhido)**

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 241, CAPUT, DA LEI Nº 8.069/90. DIVULGAÇÃO. CRIME PRATICADO NO TERRITÓRIO NACIONAL POR MEIO DE PROGRAMA DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA ENTRE DUAS PESSOAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*1. "Aos juízes federais compete processar e julgar: os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. " (Constituição Federal, artigo 109, inciso V).*

*2. Em se evidenciando que os crimes de divulgação de fotografias e filmes pornográficos ou de cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes não se deram além das fronteiras nacionais, restringindo-se a uma comunicação eletrônica entre duas pessoas residentes no Brasil, não há como afirmar a competência da Justiça*

*Federal para o processo e julgamento do feito.*

*3. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Estadual suscitante.*

**STJ - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. PUBLICAÇÃO DE PORNOGRAFIA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CONSUMAÇÃO DO ILÍCITO. LOCAL DE ONDE EMANARAM AS IMAGENS PEDÓFILO-PORNOGRÁFICAS.**

1 - A consumação do ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários.

2 - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Santa Catarina (CC 29886-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12.12.2007).

### **Absorção do art. 240**

**TJSP - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** – Crime previsto no art. 241 do ECA – Conduta de fotografar cena de sexo envolvendo criança ou adolescente – Materialidade e autoria demonstradas – Confissão aliada à apreensão de fotografias, tiradas pelo réu – Continuidade delitiva reconhecida – Incidência do crime previsto no artigo 240 que deve ser afastada, pois a conduta ali prevista é absorvida por aquela constante do artigo 241, do citado estatuto – Recurso provido em parte (Apelação Criminal n. 951.640-3/1 – Guarulhos – 3ª Câmara do 2º Grupo da Seção Criminal – Relator: Alberto Mariz de Oliveira – 13.05.08 – V.U. – Voto n. 4836) CRB

### **Dosimetria da pena e continuidade delitiva**

**TJRS - Ementa:** APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINARES. REJETADAS. PROVA. CONDENAÇÃO. A materialidade e a autoria dos delitos do artigo 217-A do CP (1º fato) e o do artigo 241-D, parágrafo único, inciso I, do ECA (terceiro fato), restaram suficientemente comprovados pela prova produzida nos autos, notadamente considerando o depoimento da vítima, coerente e sempre idêntico, na polícia e em juízo, em conjunto com o restante da prova oral. O réu negou os fatos, atribuindo tudo à imaginação do padrasto da vítima, mas sua versão está isolada nos autos, ficando evidente que, por várias vezes, abusou sexualmente da menor, que contava com onze anos de idade, na época, assim como obrigava a ofendida a assistir filmes pornográficos, mantendo-a em contato com material impróprio. DOSIMETRIA DA PENA. A presença de vetores negativos do artigo 59 do CP afastou as basilares, do mínimo legal, em um ano. A agravante da reincidência aumentou em três meses cada uma das penas. Ausentes outras moduladoras, mantidas as penas de reclusão, na terceira fase, em nove anos e três meses (primeiro fato) e dois anos e três meses (terceiro fato). A pena de multa, quanto ao terceiro fato, foi fixada no mínimo legal. CONTINUIDADE DELITIVA. Diante da continuidade delitiva, as penas foram aumentadas em um sexto, passando para dez anos, nove meses e quinze dias (primeiro fato), e dois anos, sete meses e quinze dias (terceiro fato) de reclusão. CONCURSO MATERIAL. Reconhecido o concurso material entre os delitos e somadas as penas, a condenação definitiva restou em 13 (treze) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e multa de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DA DEFESA DESPROVIDO. (Apelação

*Crime N° 70045511540, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 23/11/2011)*

### **Pergunta às partes/ dosimetria da pena**

**TJRS - Ementa:** APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. PEDOFILIA. ARTIGOS 213 DO CÓDIGO PENAL E 241-A E 241-B, AMBOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRELIMINAR DE NULIDADE. ART.212 DO CPP. AFASTAMENTO. O art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.680/08, permite que as partes, em audiência, façam perguntas diretamente às testemunhas, sem a necessidade de os questionamentos serem direcionados ao magistrado, porém, tal faculdade não retirou deste último a possibilidade de também questioná-las. 1º FATO. ESTUPRO CONTRA MENOR DE 18 E MAIOR DE 14 ANOS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Ausente a prova da violência ou da grave ameaça, inviável a condenação do réu por incurso nas sanções do artigo 213, §1º, do CP. Ainda que se entenda moralmente reprovável a conduta do réu, não ficou comprovada a violência ou a grave ameaça em sua conduta, devendo ser mantida a absolvição, pelo 1º fato contido na denúncia. 2º E 3º FATOS. PEDOFILIA. ARTIGOS 241-A E 241-B, DO ECA. PROVA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos. Induvidosamente evidenciado que o acusado armazenava, disponibilizava, divulgava e transmitia, em sua residência, material de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes. 4º FATO. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. É consabido que para a configuração do delito de falsidade ideológica mister que se evidencie o dolo específico no sentido de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, sendo necessária a potencialidade lesiva na conduta do agente, nos termos do artigo 299 do CP, o que não ocorreu, na espécie. PENA. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO. Pena-base fixada em um ano e três meses acima do mínimo legal, pela presença de vetores judiciais negativos do artigo 59 do CP. Elevação de metade, pela continuidade delitiva. Pena definitiva de seis anos, quatro meses e quinze dias de reclusão. Regime inicial de cumprimento de pena semiaberto. Multa fixada em quarenta e cinco dias-multa. Pena mantida. PRELIMINAR REJEITADA. APELOS DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA DESPROVIDOS. (Apelação Crime N° 70044107191, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 19/10/2011)

### **Aptidão da denúncia**

*STF, Habeas Corpus n° 89.518-RJ*

*2ª Turma*

*J. em 15/12/2009*

*Relator Ministro Cezar Peluso*

*AÇÃO PENAL. Denúncia. Artigos 241 da Lei nº 8069/1990, 214 e 224, “a”, do Código Penal. Denúncia recebida. Inépcia. Inocorrência. Narração clara e precisa do fato criminoso. Base empírica suficiente. Ordem Denegada. Precedentes. É apta a denúncia que descreve, de maneira clara e minuciosa, as condutas imputadas ao réu, bem como faz referência aos elementos de prova que sustentam a acusação.*

### **Palavra da vítima/ inocorrência de aboliti criminis**

*TJSP, Apelação Criminal nº 990.10.248235-9*

*5ª Câmara de Direito Criminal*

*J. em 18/11/2010, Comarca de Mogi das Cruzes*

*Rel. Desembargador Pinheiro Franco)*

*Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 241-A. Réu que fornece a criança e adolescente gravadas em um DVD, fotografias e imagens contendo cenas de sexo explícito envolvendo igualmente crianças e adolescentes. Prova hábil. Relato da vítima e de seus pais em perfeita sintonia com a prova colhida. Alegação de que o acusado estava trabalhando e não poderia ter fornecido o material aos garotos, afastada. Impossibilidade de o acusado sair de seu local de trabalho, não demonstrada a contento. Hipótese em que a modificação legislativa trazida pela Lei n.º 11.829/08, que alterou o artigo 241 do ECA, não acarretou abolitio criminis, vez que a conduta praticada, à evidência, se subsume à nova figura trazida pelo artigo 241-A, do mesmo diploma. Condenação bem aplicada. Penas bem fixadas. Substituição inviável. Regime semiaberto não impugnado. Apelo Improvido. Expeça-se mandado de prisão.*

### **Habeas corpus – constrangimento não caracterizado**

*TJPR, Habeas Corpus nº 634627-8*

*3ª Câmara Criminal*

*J. em 21/01/2010, Comarca de Ponta Grossa*

*Rel. Desembargadora Sônia Regina Castro*

*HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR CRIMES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO CÓDIGO PENAL. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DESCRITOS NOS ARTIGOS 240 CAPUT, 241-A CAPUT E 241-B CAPUT, TODOS DO ECA, E DOS CRIMES DE AMEAÇA (ART. 147 DO CP) E DE ESTUPRO (ART. 213 DO CP). PRISÃO EM FLAGRANTE. AVENTADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DENEGATÓRIA DE*

*LIBERDADE PROVISÓRIA. DESPACHO MOTIVADO CONCRETAMENTE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO ESCORREITA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DE CULPA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM VIAS DE SER ENCERRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.*

*Mantém-se a prisão em flagrante quando demonstrado à sociedade no despacho denegatório de liberdade provisória que o paciente, denunciado pela prática, em tese, de crimes contra a liberdade sexual contra crianças e adolescentes, ameaça, e estupro, demonstra periculosidade e temeridade à ordem pública, tal como devidamente exposto e fundamentado pela Dr<sup>a</sup> Juíza, em face das provas existentes no caderno investigatório.*

*"A circunstância de o réu ser primário e de bons antecedentes não afasta a possibilidade de decretação de sua prisão. III. HC indeferido" (STF-HC nº 86061/RS - 2ª Turma - Rel. Ministro Carlos Velloso - DJU de 24.02.06, grifei).*

*ORDEM DENEGADA.*

### **Suficiência de provas**

*TJSC, Apelação Criminal nº 2010.038219-2*

*3ª Câmara Criminal*

*J. em 04/10/2010, Comarca de Itajaí*

*Relator Desembargador Roberto Lucas Pacheco*

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 217-A E 147, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 241-D, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N. 8.069/90. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO VISANDO À ABSOLVIÇÃO, POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA, POR NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 241-D, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N. 8.069/90, POR FALTA DE APREENSÃO DO MATERIAL PORNOGRÁFICO, E DE REDUÇÃO DA PENA, POR EXACERBADA. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS. RÉU, TIO DA VÍTIMA, QUE A LEVA PARA PASSEAR DE MOTOCICLETA E, NO TRAJETO, PRÁTICA CRIMES DE ESTUPROS, CONSISTENTES EM ATOS LIBIDINOSOS, POR DUAS VEZES, EM LOCAIS DISTINTOS, SENDO QUE EM UM DELES (NA SUA RESIDÊNCIA) A INDUZ A ASSISTIR FILMES PORNOGRÁFICOS. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO DO MATERIAL PORNOGRÁFICO UTILIZADO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PALAVRAS DA VÍTIMA ALIADAS A OUTRAS PROVAS. VALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS DE AMEAÇA E DE ESTUPROS. CONDUTAS PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. AFASTAMENTO DA*

*CONDENAÇÃO DO CRIME DO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.*

### **Validade testemunho policial**

*TJSP, Apelação Criminal nº 0002024-09.2010.8.26.0565*

*15ª Câmara de Direito Criminal*

*J. em 11/08/2011, Comarca de São Caetano do Sul*

*Relator Desembargador Ribeiro dos Santos*

*CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Acusado que possuía e armazenava, em dois processadores de dados e dois hard discs, cerca de 2.000 fotografias e 150 vídeos, além de CDs contendo cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e adolescentes - Consta ainda que o acusado transmitiu e divulgou através da internet arquivos contendo cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e adolescentes - Materialidade e autoria confirmadas - Testemunhos policiais válidos - Penas bem dosadas, bem como o regime prisional - Condenação mantida - Recurso improvido.*

### **HC – cabimento da prisão preventiva**

*TJSC, Habeas Corpus nº 2009.008301-8*

*2ª Câmara Criminal*

*J. em 07/04/2009, Comarca de São José*

*Relator Desembargador Irineu João da Silva*

*PRISÃO EM FLAGRANTE. OFERECER, TROCAR, DISPONIBILIZAR, TRANSMITIR, DISTRIBUIR, PUBLICAR OU DIVULGAR POR QUALQUER MEIO, INCLUSIVE POR MEIO DE SISTEMA DE INFORMÁTICA OU TELEMÁTICO, FOTOGRAFIA, VÍDEO OU OUTRO REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (LEI N. 8.069/90, ART. 241-A). PRESENÇA DOS REQUISITOS DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA.*

### **Artigo 242 –**



***Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:***

---

**Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos**

**Denominação:**

O crime em comento recebe da doutrina o *nomen juris* de venda, fornecimento ou entrega de arma, munição ou explosivo<sup>266</sup>, de fornecimento de arma, munição ou explosivo<sup>267</sup>, ou ainda de venda ou fornecimento de arma ou explosivo para criança ou adolescente<sup>268</sup>.

**Objetividade jurídica:**

Tutela-se a integridade física e a formação moral da criança e do adolescente. Ademais, protege-se a incolumidade pública. Cumpre destacar que o Estatuto, ao tratar da prevenção a situações de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (Título III da Parte Geral), impõe vedações a determinados produtos e serviços, proibindo a venda, ao menor de 18 anos, de armas, munições ou explosivos (art. 81, inciso I, da Lei 8.069/90).

**Sujeito ativo:**

As condutas incriminadas no tipo em tela podem ser cometidas por qualquer pessoa. Cuida-se de crime comum.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou o adolescente, e, secundariamente, a coletividade, em face do risco à integridade física alheia que representa o fato da pessoa menor de 18 anos encontrar-se em poder de perigoso artefato.

**Tipo objetivo:**

São núcleos do tipo os verbos **vender** (negociar, trocar algo por certo valor, alienar mediante contraprestação, transmitir através de pagamento), **fornecer**

---

<sup>266</sup> FELTRIN, Sebastião Oscar, FRANCO, Alberto Silva, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 544.

<sup>267</sup> KOSOWSKI, Esther. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. Munir Cury (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1098.

<sup>268</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima da, *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 124.

(abastecer, ceder, prover o necessário), *ainda que gratuitamente* (não se exigindo conduta se dê a título oneroso, configurando o delito na conduta assinalada sem qualquer pagamento ou contraprestação), ou **entregar** (fazer chegar, colocar algo à disposição, abrangendo a conduta emprestar), a que se unem os seguintes objetos materiais: arma, munição ou explosivo, tendo por destinatários criança ou adolescente. É um tipo misto alternativo, e, portanto, a prática de mais de uma conduta num mesmo contexto fático não implica em concurso de crimes.

Após o advento da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, com relação às **armas de fogo** (instrumento de ataque e de defesa cujo mecanismo consiste na deflagração de cartucho que contém a carga explosiva e projétil), **sua munição** (artefato explosivo empregado na arma de fogo que permite o disparo do projétil), **seu acessório** (apetrecho), ou **explosivo** (substância inflamável capaz de produzir explosão, que é a comoção seguida de detonação, produzida pelo desenvolvimento repentino de uma força ou expansão de um gás), pouco importando se de uso permitido, proibido ou restrito, prevalece a figura típica, com os mesmos verbos, descrita no artigo 16, inciso V, do Estatuto do Desarmamento<sup>269</sup>, em face do princípio da especialidade, eis que encerra uma tutela penal específica no que tange aos bens jurídicos acima mencionados.

Destarte, o tipo penal do art. 242 do ECA incide quando se está diante de armas próprias ou impróprias, excluindo-se das primeiras as armas de fogo. Assim, poderão ser objeto do crime em tela, *v.g.*, espadas, sabres ou punhais (armas próprias, produzidas com o fim específico de servir como instrumento de ataque ou defesa), bem como machados, podões, foices ou facas de cozinha (armas impróprias, produzidas com fim diverso, mas que podem ser empregadas como instrumento de ataque ou defesa). O crime, comissivo e de perigo abstrato, consuma-se no momento em que se efetiva a venda, fornecimento ou entrega da arma (delito instantâneo). Admite a tentativa, pois se trata de crime plurissubsistente, podendo a conduta ser fracionada em diversos atos. Se houver a conduta omissiva consistente em deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que a criança ou adolescente se apodere de arma de fogo, o seu

<sup>269</sup> **Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito**

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar:

Pena- reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

V- vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente;

proprietário ou possuidor incidirá nas penas do artigo 13 do Estatuto do Desarmamento, punido a título de culpa.

**Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há previsão da forma culposa.

**Pena:**

Com a alteração levada a efeito pela Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003, a sanção penal abstratamente cominada passou a ser de três a seis anos de reclusão, o que afasta a aplicação da transação penal, da suspensão condicional do processo, e do *sursis* (salvo o *sursis* etário, se a pena não for superior a quatro anos). Se a pena for fixada no mínimo legal ou não ultrapassar quatro anos, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, caso presentes os requisitos subjetivos do art. 44, inciso III, do CP.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Prova emprestada- suficiência – pena-base acima do mínimo legal**

*TJSP, Apelação Criminal nº 990.09.180530-0*

*16ª Câmara de Direito Criminal*

*J. em 11/05/2010, Comarca de São Bernardo do Campo*

*Relator Desembargador Pedro Menin*

*Preliminar - Nulidade - Cerceamento de defesa - Prova emprestada - Não ocorrência – Condenação baseada em outros elementos – Preliminar rejeitada. Artigo 242 ECA - Insuficiência de provas - Inadmissibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Absolvição - Impossibilidade. Pena-base fixada acima do mínimo legal - Possibilidade - Réu que já sofreu condenação por porte de arma de fogo e em razão da gravidade de sua conduta. Pena - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e modificação do regime inicial semiaberto para aberto – Impossibilidade - Medida que não se mostra suficiente para a reprovação da conduta do réu - Sentença mantida - Apelação do réu não provida.*

**Artigo 243 –**

***Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, administrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:***

***Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.***

---

**Denominação:**

O crime em comento recebe o *nomen juris* de venda, fornecimento ou entrega, sem justa causa, de produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica<sup>270</sup>, de fornecimento de substância causadora de dependência física ou psíquica<sup>271</sup>, ou ainda de venda ou fornecimento de substâncias tóxicas para criança ou adolescente<sup>272</sup>.

**Objetividade jurídica:**

Tutela-se a saúde, a integridade física e a formação moral da criança e do adolescente. Cumpre também aqui destacar que o Estatuto, ao tratar da prevenção a situações de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (Título III da Parte Geral), impõe determinadas vedações, proibindo a venda, ao menor de 18 anos, de bebidas alcoólicas e de produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida (art. 81, incisos II e III, da Lei 8.069/90).

**Sujeito ativo:**

As condutas incriminadas no tipo em tela podem ser cometidas por qualquer pessoa. Cuida-se de crime comum.

---

<sup>270</sup> FELTRIN, Sebastião Oscar, FRANCO, Alberto Silva, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 545.

<sup>271</sup> KOSOWSKI, Esther. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. Munir Cury (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1102.

<sup>272</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima da, *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 130.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou o adolescente.

**Tipo objetivo:**

São núcleos do tipo os verbos **vender** (negociar, trocar algo por certo valor, alienar mediante contraprestação, transmitir através de pagamento), **fornecer** (abastecer, ceder, prover o necessário), *ainda que gratuitamente* (não se exigindo conduta se dê a título oneroso, configurando o delito na conduta assinalada sem qualquer pagamento ou contraprestação), **ministrar** (aplicar algo em alguém, administrar, inocular) ou **entregar** (fazer chegar, colocar algo à disposição de alguém). É um tipo misto alternativo, e, portanto, a prática de mais de uma conduta num mesmo contexto fático não implica em concurso de crimes.

Na descrição típica há um elemento normativo encerrado na expressão *sem justa causa*, exigindo uma valoração pelo intérprete para que se afira a ilicitude da conduta incriminada. Assim, se comprovada a necessidade terapêutica, o médico que ministra a substância capaz de causar dependência, com a intenção de curar a criança ou adolescente de uma enfermidade, não responderá pelo delito em razão da atipicidade da conduta.

Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Sanches Cunha ainda identificam outro elemento normativo no referido tipo penal, consistente no emprego da locução “utilização indevida”, reputando que responde o agente pelo crime ainda que o uso da substância que cause dependência seja indicado à criança ou adolescente, mas seja por eles utilizada indevidamente: “*Seria o caso, por exemplo, de um medicamento prescrito a criança de tenra idade, que o utiliza sem a supervisão de um adulto, ingerindo dose acima da recomendada. Tendo em vista que a criança não tem capacidade para avaliar a quantidade do remédio que deve ingerir, aquele que efetuou a entrega deverá responder pelo delito*”<sup>273</sup>.

Os produtos cujos componentes podem causar dependência física ou psíquica são aquelas substâncias capazes de conduzir ao vício com a sua utilização, cingindo-se a aplicação da norma penal do art. 243 do ECA aos produtos de utilização livre, permitida, ou sob controle, como se dá com as cigarros, “cola de sapateiro”, e remédios.

---

<sup>273</sup> *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 566-567.

No que tange às bebidas alcoólicas, há entendimento no sentido que caracteriza o delito em tela, tendo ocorrido revogação tácita do art. 63, inciso I, da LCP<sup>274</sup>. Entretanto, em vários julgados recentes do STJ tem-se adotado o posicionamento da impossibilidade da adequação típica ao art. 243 do ECA, mas sim à contravenção penal mencionada, quando há fornecimento de bebida alcoólica a menor de 18 anos:

## JURISPRUDÊNCIA

### Desclassificação contravenção

**TJRS - Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. ECA. ARTIGO 234. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA PARA MENOR. ANULAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA E REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. É entendimento consolidado neste Órgão Fracionário que a conduta descrita na denúncia - fornecimento de bebida alcoólica a menor de idade - não se enquadra no tipo previsto no artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas configura, sim, a contravenção do artigo 63, inciso I, do Decreto Lei 3.866/41. Partindo-se da premissa que o processo não tem um fim em si mesmo, mas é na verdade um meio para que se alcance um objetivo e, considerando que este Órgão Fracionário tem posição consolidada no mesmo sentido da decisão recorrida, o acolhimento a pretensão acusatória restaria, ao fim e ao cabo, inócuo, implicando, ainda, em desnecessários gastos à máquina pública. Vale dizer: acaso instruído o feito na origem e prolatada sentença, contra a qual alguma das partes interponha recurso de apelação, a apreciação da inconformidade será novamente de competência desta Câmara, diante da prevenção. O resultado seria novamente favorável ao imputado, diante do entendimento consolidado na Câmara sobre a matéria. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70044616621, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 20/10/2011)

**TJRS - Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. ECA. ARTIGO 234. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA PARA MENOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL E REMESSA DO FEITO AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. SÚMULA 337 DO STJ. É entendimento consolidado neste Órgão Fracionário que a conduta de fornecer bebida alcoólica a menor de idade não se enquadra no tipo previsto no artigo 243 do ECA, configurando, outrossim, a contravenção do artigo 63, inciso I, do Decreto Lei 3.866/41. Sendo o fato enquadrado como contravenção, incidente a Súmula 337, motivo pelo qual deve o delito ser

<sup>274</sup> PEIXOTO, Renato Cramer, apud FELTRIN, Sebastião Oscar, FRANCO, Alberto Silva, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 545.

*desclassificado, recebendo tratamento processual de delito de menor potencial ofensivo, consoante decisão ora recorrida. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Crime N° 70038312088, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 09/06/2011)*

**STJ - OFERTA DE BEBIDA ALCOÓLICA A ADOLESCENTES. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 63 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS.**

*1. A conduta de oferecer bebidas alcoólicas a adolescentes, não contemplada no artigo 33 da Lei de Drogas, também não está abrangida no tipo do artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto "a distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias 'bebida alcoólica' e 'produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica' exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei 8.069/1990; caso contrário, estar-se-ia incorrendo em analogia in malam partem." (REsp 942288/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 31/03/2008).*

*2. Além de não se enquadrar no tipo do artigo 243 da Lei 8.069/1990, a conduta imputada ao paciente tampouco pode ser abarcada pelo artigo 63 da Lei de Contravenções Penais,*

*no qual se prevê o ilícito consistente no ato de servir bebida alcoólica a menor de 18 anos.*

*3. Isso porque, no caso dos autos, a denúncia narra que o paciente teria somente oferecido bebidas alcoólicas as menores, e não as servido.*

*4. Ausente a similitude entre os verbetes "oferecer" e "servir", impõe-se reconhecer que, in casu, a conduta de ofertar bebida alcoólica a adolescentes, descrita na inicial acusatória, é atípica (HC 124938-BA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 02.09.2010).*

Na hipótese de se tratar de drogas, substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica que constem de portaria emitida pela Agência de Vigilância Sanitária, como, por exemplo, maconha, cocaína e heroína, as condutas já mencionadas (vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma), quando sua prática envolver ou visar a criança ou adolescente, configura-se o crime do artigo 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas), com a causa de aumento de pena (de 1/6 a 2/3) do artigo 40, inciso VI, do citado diploma legal, encerrando uma tutela penal mais abrangente e específica dos bens jurídicos protegidos com relação ao menores de 18 anos, atendendo-se, assim, a ressalva do preceito

secundário do art. 243 do ECA, ao estabelecer a sua aplicação somente se o fato não constituir crime mais grave (subsidiariedade expressa).

O crime é formal e de perigo abstrato, consumando-se no momento em que se efetiva a venda, fornecimento, a administração ou entrega da substância, não havendo a necessidade de dano efetivo à saúde ou à integridade física ou psíquica da criança ou adolescente ou a causação da dependência<sup>275</sup>. Admite a tentativa, pois se trata de crime plurissubsistente, podendo a conduta ser fracionada em diversos atos.

#### **Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há previsão da forma culposa.

#### **Pena:**

Com a alteração levada a efeito pela Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003, a sanção penal abstratamente cominada passou a ser de dois a quatro anos de reclusão, o que afasta a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo. Se a pena for fixada no mínimo legal é viável o sursis. Possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, caso presentes os requisitos subjetivos do art. 44, inciso III, do CP. Cumulativamente, prevê-se a pena de multa.

#### **Artigo 244 –**

***Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:***

***Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa.***

---

<sup>275</sup> “Caracteriza o crime previsto no art. 243 da Lei 8.069/90 a conduta do agente que vende bebida alcoólica a menor de idade, pois tal delito pode ser visto como de perigo abstrato, não sendo exigível dano real à vítima nem, tampouco, a dependência física ou psíquica efetiva para a configuração da infração, bastando, portanto, a venda de produtos que tragam em si a potencialidade de causar tal situação” (TACRIM-SP – Ap. - Rel. Silvério Ribeiro – j. 29.01.1998 – RJTACrim 37/149).



**Denominação:**

O crime recebe o *nomen juris* de venda, fornecimento ou entrega de fogos de estampido ou de artifício<sup>276</sup>, de fornecimento de fogos de estampido ou artifício<sup>277</sup>, ou ainda de venda ou fornecimento de fogos de artifício a criança ou adolescentes<sup>278</sup>.

**Objetividade jurídica:**

Tutela-se a saúde e a integridade física da criança e do adolescente. Protege-se ainda a incolumidade pública. O Estatuto, ao tratar da prevenção a situações de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (Título III da Parte Geral), proíbe a venda de fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que, por seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida (art. 81, inciso IV, da Lei 8.069/90).

**Sujeito ativo:**

As condutas incriminadas no tipo em tela podem ser cometidas por qualquer pessoa. Cuida-se de crime comum.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou o adolescente, e, secundariamente, a coletividade, em face do risco à integridade física de um número indeterminado de pessoas que representa o fato de encontrar-se o menor de 18 anos em poder de tais artefatos.

**Tipo objetivo:**

São núcleos do tipo os verbos **vender** (negociar, trocar algo por certo valor, alienar mediante contraprestação, transmitir através de pagamento), **fornecer** (abastecer, ceder, prover o necessário), *ainda que gratuitamente* (não se exigindo conduta se dê a título oneroso, configurando o delito na conduta assinalada sem qualquer pagamento ou contraprestação), ou **entregar** (fazer chegar, colocar algo à disposição de alguém). É um tipo misto alternativo, e, portanto, a prática de mais de uma conduta num mesmo contexto fático, não implica em concurso de crimes.

Os objetos materiais das condutas são os fogos de estampido ou de artifício. Definem-se fogos de estampido como peças pirotécnicas capazes de inflamar, com a

---

<sup>276</sup> FELTRIN, Sebastião Oscar, FRANCO, Alberto Silva, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 547.

<sup>277</sup> KOSOWSKI, Esther. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. Munir Cury (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1104.

<sup>278</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima da, *Crimes contra a criança e o adolescente*, p. 136.

finalidade de produzir barulho ou explosões, mas sem luzes ou desenhos (rojões, bombinhas), constituindo espécie do gênero fogos de artifício, estes consistentes em peças também pirotécnicas, capazes de inflamar, causando explosão, ruído, incêndios, produzindo, ademais, luzes e desenhos ornamentais. Excetuam-se os fogos de artifício ou de estampido considerados inofensivos, ou seja, incapazes de causar qualquer dano físico na hipótese de utilização indevida, em face de sua reduzida potencialidade, tornando o fato atípico.

O crime é formal e, em razão da própria exceção contida no tipo penal, de perigo concreto, havendo necessidade de demonstração do risco provocado aos bens jurídicos protegidos pelas condutas incriminadas. Consuma-se a infração penal com a efetivação da venda, fornecimento ou entrega, admitindo-se a tentativa por cuidar-se de crime plurissubsistente.

**Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo, não se exigindo qualquer fim especial de agir por parte do agente. Não há previsão da forma culposa.

**Pena:**

É de seis meses a dois anos de detenção, com previsão cumulativa da pena de multa. Cuida-se de infração de menor potencial ofensivo, sendo possível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

**Artigo 244-A –**

***Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:***

***Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.***

***§ 1º. Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.***

---

**§ 2º. Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.**

---

**Denominação:**

O delito em tela, acrescentado ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 9.975, de 23 de junho de 2000, recebia da doutrina a denominação de exploração sexual da criança ou adolescente<sup>279</sup> e de submissão de criança ou adolescente a abuso sexual<sup>280</sup>.

**Revogação:**

O crime do artigo 244-A do ECA foi revogado tacitamente pelo art. 218-B do Código Penal, incluído pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Vejamos a redação do tipo penal que integra o atual Título VI do Estatuto Repressivo, “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, no seu Capítulo II, “Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável”:

*Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável*

*Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:*

*Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.*

*§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

*§ 2º Incorre nas mesmas penas:*

*I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;*

*II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo.*

*§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.*

---

<sup>279</sup> CONDACK, Claudia Canto. Dos crimes. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.) 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.

<sup>280</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima da, *Crimes contra a criança e o adolescente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p.142.

### **Comparação:**

O revogado artigo 244-A do ECA protegia uma série de direitos fundamentais da criança e do adolescente, atingidos pelo abuso e pela exploração sexual, quais sejam, o direito ao respeito, à dignidade, à imagem, à sua integridade física, psíquica e moral. Pode-se vislumbrar que o crime do artigo 218-B do Código Penal também protege estes direitos. Porém, o tipo penal do Estatuto Repressivo tutela mais especificamente a dignidade sexual da criança e do adolescente, bem como da pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para optar pela prostituição ou outra forma de exploração sexual. Sujeito ativo do crime previsto no Código Penal pode ser qualquer pessoa, crime comum, tal como era classificado o art. 244-A do ECA.

Sujeito passivo é o vulnerável, expressão constante do *nomen juris* que inclui a criança ou adolescente. O tipo revogado somente continha um núcleo consistente no verbo **submeter** (subjugar, dominar). A redação típica do art. 218-B do CP apresenta inegável vantagem para uma tutela penal mais eficaz aos direitos acima referidos da criança e do adolescente, tendo sido mantido o núcleo “submeter”, ao qual foram acrescentados os verbos **induzir** (persuadir) e **atrair** (seduzir), que se unem à prostituição e outra forma de exploração sexual (aqui se identifica claramente o emprego da interpretação analógica), tendo por vítima a pessoa menor de 18 anos (criança ou adolescente) ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como são agora punidas as condutas de **facilitar** (tornar mais fácil) a prostituição ou qualquer forma de exploração sexual, e **impedir** (impossibilitar) ou **dificultar** (tornar difícil) que a pessoa ofendida as abandone.

As condutas submeter, induzir e atrair se destinam a evitar que o vulnerável se inicie na prostituição ou em outra forma de exploração sexual, enquanto as condutas facilitar, impedir e dificultar levam em mira a punição daquele que, com o seu comportamento ilícito, contribui para que o vulnerável não abandone a prática de tais atos.

O crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável é punido a título de dolo, não se exigindo fim especial de agir. Se existir a

finalidade de obtenção de vantagem econômica, a pena de reclusão de quatro a dez anos prevista para *caput* (idêntica à pena privativa de liberdade cominada no preceito secundário do art. 244-A do ECA), é cumulada com a pena de multa, na conformidade do art. 218-B, § 1º, do CP.

Antes do advento da Lei 12.015/09, Luciana Bergamo Tchorbadjian sustentava que também incidia nas penas do artigo 244-A do ECA aquele que mantinha o contato sexual com a criança ou adolescente, numa relação mercantilizada<sup>281</sup>. Por seu turno, Guilherme de Souza Nucci reputava que a pessoa que mantinha relação sexual com o menor de 18 anos, tendo conhecimento da exploração<sup>282</sup>. O entendimento acertado dos insignes autores não demandaria qualquer alteração legislativa, mesmo porque resultaria da própria incidência do art. 29 do CP.

Afastando-se qualquer dúvida que se pudesse ter a respeito, o legislador, no § 2º, inciso I, do artigo 218-B do CP, passou a prever expressamente a punição, nas mesmas penas, daquele que pratica a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 18 anos e maior de 14 anos na situação descrita no *caput* do dispositivo. Evidentemente, agente deve ter conhecimento da submissão da vítima à prostituição ou outra forma de exploração sexual para que seja responsabilizado penalmente nos termos da conduta equiparada. Se a vítima for menor de 14 anos, o agente que tiver com a vítima conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso, responderá pelo crime do art. 217-A do CP, tenha ou não conhecimento de eventual situação de exploração sexual.

De acordo como artigo 218-B, § 2º, inciso II, também incorre nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou responsável pelo local em que se verifique as práticas referidas no *caput* do dispositivo, redação idêntica ao antigo § 1º do artigo 244-A do ECA, consistindo na explicitação do partícipe das condutas delituosas já analisadas.

Por fim, o § 3º do artigo 218-B do CP apresenta redação praticamente igual ao § 2º do art. 244-A do ECA, com a remissão expressa ao partícipes acima indicados, preceituando como efeito específico e **obrigatório** da condenação pelo crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável a cassação da licença de localização e funcionamento do estabelecimento onde se

---

<sup>281</sup> *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. Munir Cury (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1108.

<sup>282</sup> *Leis penais e especiais e processuais penais comentadas*, p. 276.

verificaram as condutas incriminadas, não havendo necessidade de menção expressa na sentença.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Depoimento vítimas/ continuidade/ majoração/ condição de procedibilidade**

*TJPR 2. 646875-5 (Acórdão)*

*Relator: Marcus Vinicius de Lacerda Costa*

*Fonte: DJ: 481*

*Data Publicação: 30/09/2010*

*Órgão Julgador: 5ª Câmara Criminal*

*Data Julgamento: 17/06/2010*

*DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso do Ministério Público fixando a pena definitiva para o acusado em 18 (dezoito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se o regime inicialmente fechado, e 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção, cujo regime prisional é o aberto, e ao pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias- multa, além de negar provimento ao recurso de Valdecir Alves de Carvalho, nos termos do voto do Desembargador Relator. EMENTA: APELAÇÃO 1- CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - NOVO TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 217-A DO CP IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO NOVATIO LEGIS IN PEJUS AMOLDAMENTO NO ART. 213 DO MESMO CODEX CRIMES DE EXPLORAÇÃO SEXUAL E CORRUPÇÃO SEXUAL DE MENORES ALEGADO DEFEITO NA REPRESENTAÇÃO DOS AVÓS E PADRASTRO DAS VÍTIMAS INEXISTÊNCIA - VALIDADE CRIME DE CORRUPÇÃO SEXUAL DE MENOR - ALTERAÇÕES DA LEI 12.015/09 REVOGAÇÃO DO ART. 218 DO CP - CONDUTA TÍPICA PREVISÃO DO ART. 244-A DA LEI Nº 8.069/90 (ECA) DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS VALIDADE - PROVAS APTAS A EMBASAR UM DECRETO CONDENATÓRIO AUMENTO DA PENA EM RELAÇÃO À CONTINUIDADE DELITIVA - PATAMAR MÁXIMO MAIS DE SETE INFRAÇÕES ADEQUAÇÃO DOSIMETRIA DA PENA REFORMADA - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. É possível fazer uma interpretação ampla do artigo 225, I do Código Penal, pois a pessoa que mantém com a vítima laços afetivos desde o seu nascimento, sendo, inclusive, responsável por ela, pode apresentar a representação como condição de procedibilidade da ação penal. 2. Com as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, revogou-se o artigo 218 do CP, que tratava do crime de corrupção*

*de menores, sendo que tal delito foi incluído no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). 3. Prevalece o entendimento de que para a aferição da fração no crime continuado, deve-se considerar a quantidade de delitos praticados. Logo, tendo o requerente praticado mais de sete crimes, a pena será majorada no patamar máximo (2/3). APELAÇÃO 2- ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE PROVAS APTAS A EMBASAR DECRETO CONDENATÓRIO PALAVRA DAS VÍTIMAS VALIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

## **HC – incompetência STF – intimação dos Defensores**

*STJ, Habeas Corpus nº 102.575-ES*

*1ª Turma*

*J. em 16/06/2010*

*Relatora Ministra Carmen Lúcia*

*Habeas Corpus. Constitucional. Imputação do Crime do Art. 244-A da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no Caput do Art. 2º desta Lei, à Prostituição ou à Exploração Sexual). 1. Incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar Habeas Corpus contra ato de Tribunal de Justiça Estadual. 2. Intimação das Decisões que inadmitiram os Recursos, Especial e Extraordinário, da Defesa em nome de um dos Advogados constituídos pela paciente. Ausência de Pedido Expresso para intimação exclusiva no nome do impetrante. Validade da intimação. Ordem Denegada.*

## **Concurso material com 228,§ 1º do CP/ questão da lei 12.015/09 (lex mitior)**

*TJRS, Apelação Criminal nº 70042588756*

*6ª Câmara Criminal*

*J. em 24/11/2011, Comarca de Giruá*

*Relator Desembargador João Batista Marques Tovo*

*APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE À EXPLORAÇÃO SEXUAL (Art. 244-A, ECA). FACILITAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO DE ADOLESCENTES (art. 228, § 1º, CP). CONDENAÇÃO MANTIDA. DELITO PRATICADO EM COAUTORIA. APENAMENTO FIXADO NO MÍNIMO LEGAL. CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. PENA MANTIDA. SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE À EXPLORAÇÃO SEXUAL (Art. 244-A, ECA). O art. 244-A da Lei nº 8.069/90 censura penalmente a conduta daquele que submete criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual. O verbo nuclear submeter é algo além da simples*

*exposição e está ainda aquém do constranger – que, para o legislador, compreende violência, grave ameaça ou outro meio de redução da capacidade de resistência –, sendo suficiente que o agente tenha algum poder de fato sobre a vítima. Explorar sexualmente uma criança ou adolescente foi compreendido como tirar proveito, obter vantagem ou lucro material de qualquer atividade de conotação sexual dessas pessoas, merecedoras de especial proteção. FACILITAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO DE ADOLESCENTES (art. 228, § 1º, CP). O art. 228 do Código Penal, na redação anterior ao advento da Lei nº 12.015/09, punia a conduta de induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que a abandonasse, sendo incriminada de forma qualificada se a vítima fosse maior de quatorze ou menor de dezoito anos, na forma do § 1º do referido dispositivo, com reclusão de três (3) a oito (8) anos. Evidenciando a continuidade normativo-típica, a Lei nº 12.015/09 inseriu o art. 218-B ao Código Penal, dando especial proteção penal à conduta e punindo-a com mais severidade, reclusão de quatro (4) a dez (10) anos. Assim, aplica-se o dispositivo anterior à Lei nº 12.015/09, por constituir *lex mitior*. LESÃO AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO. DIGNIDADE SEXUAL DAS ADOLESCENTES. As condutas de manter bar de encontros ou alugar quartos para a prática de sexo por prostitutas(as) maiores e capazes, desde que não sejam explorados(as) por terceiros, e sem participar de seus lucros, já não são mais punidas penalmente. A questão se reveste de outro enfoque, contudo, quando em questão a dignidade sexual de menores de idade, em razão da especial importância dada pelo ordenamento ao bem jurídico protegido. A recente reforma introduzida pela Lei nº 12.015/09 teve também o escopo de imprimir efetividade ao mandamento de incriminação contido no § 4º do art. 227 da Constituição da República, cuja redação determina que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. A especial valoração desse bem jurídico foi bem explicitada no Projeto de Lei do Senado nº 253/2004, que deu origem à referida lei, destacando que as crianças e adolescentes são sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil. APENAMENTO MANTIDO. Favorabilidade plena das circunstâncias judiciais em relação a todos os denunciados, justificando a manutenção das basilares no patamar mínimo legal, sendo assim mantidas na ausência de agravantes, atenuantes, ou outras causas de aumento ou diminuição. Correta também a soma das penas pelo cúmulo material, considerando os desígnios autônomos que impulsionaram a prática dos fatos descritos na inicial. RECURSO DESPROVIDO.*

#### **Artigo 244-B –**

***Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:***

***Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.***

---



*§ 1º. Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.*

*§ 2º. As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.*

---

**Denominação:**

É o crime de corrupção de menores que anteriormente estava previsto no artigo 1º da Lei 2.252/54. O dispositivo analisado foi introduzido pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, mantendo a pena do dispositivo revogado no atual *caput*, inovando com relação à lei anterior ao prever dois novos parágrafos, um deles contendo uma norma penal explicativa e outro contemplando uma causa de aumento de pena. Como não houve alteração dos elementos da descrição da conduta delituosa no *caput* do dispositivo, pode-se afirmar a continuidade normativa típica.

**Objetividade jurídica:**

É a formação moral do menor de 18 anos.

**Sujeito ativo:**

Pode ser cometido por qualquer pessoa, cuidando-se de crime comum.

**Sujeito passivo:**

É a criança ou adolescente.

**Tipo objetivo:**

Os núcleos do tipo são os verbos **corromper** (depravar moralmente, perverter, desnaturar, estragar) ou **facilitar a corrupção** (tornar mais fácil, favorecer), tendo por objeto material a pessoa menor de 18 anos, com ela praticando (realizando, executando) infração penal (crime ou contravenção penal) ou induzindo-a (dando a ideia, fazendo surgir o propósito) a praticá-la. Assim, a criança ou adolescente serão coautores ou partícipes da infração penal juntamente com o maior de idade, mas, ao mesmo tempo

em que ficam sujeitos às medidas cabíveis previstas no Estatuto (protetivas ou socioeducativas) em razão da prática de um ato infracional, são vítimas do delito em tela. No parágrafo 1º do dispositivo, o legislador explicita que o crime pode ser cometido utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos (*Orkut, Facebook, Twitter, e-mail*), inclusive salas de “bate-papo” (*chats*) na *internet*. Há previsão de aumento de pena no parágrafo 2º, quando a infração penal praticada com o menor de 18 anos ou a qual se lhe induz o cometimento é erigida como crime hediondo ou delito assemelhado, incluídos no rol do artigo 1º da Lei 8.072/90.

Certamente, a maior polêmica na doutrina e na jurisprudência consiste em considerar o crime em tela como material ou formal. Entendendo-se que se trata de crime material, a consumação somente se verifica quando houver a ocorrência do resultado naturalístico consistente na efetiva corrupção da pessoa menor de 18 anos de idade. É o posicionamento majoritário no TJSP.

## JURISPRUDÊNCIA

### Corrupção de menores – não caracterização

*TJSP - CORRUPÇÃO DE MENORES. Inocorrência - Necessidade de prova da efetiva corrupção – Crime material, que somente se consuma com o resultado – O fato de o delito ter sido praticado em coautoria com menor não caracteriza a infração Absolvição mantida (TJSP, APELAÇÃO CRIMINAL 990.10.477660-0, Rel. Des. Machado de Andrade, j. 24.02.2011).*

*TJSP - APELAÇÃO CRIMINAL. Crimes de tentativa furto, formação de quadrilha ou bando e corrupção de menores - Argüição preliminar de inépcia da inicial ou nulidade da sentença; no mérito a absolvição, redução da pena e abrandamento o regime prisional. - Rejeitada a argüição preliminar. Inocorrente a causa prejudicial. Apta a denúncia que foi recebida e não questionado o seu recebimento pela defesa. Preclusão. A outra argüição prejudicial fica prejudicada por ser o mérito mais favorável. Incabível a absolvição do crime de tentativa de furto. Prisão em flagrante delito. Prova oral e material infirmaram as escusas dos corréus. Não caracterizados os crimes previstos no art. 288 do Código Penal (formação de quadrilha ou bando) e art.244-B da Lei 8069/90 (corrupção de menores). No primeiro, ausentes os requisitos da pluralidade de infrações e de estabilidade do grupo. No segundo, não comprovada a inocência e o induzimento ao menor inimputável. Pena do furto deve ser reduzida. Pena-base no mínimo legal. Redução de metade pela tentativa. Regime aberto. Dia-*

*multa no piso. - Recursos providos, em parte, para absolver os crimes de formação de quadrilha ou bando e de corrupção de menores, mantida condenação pela tentativa de furto, com redução da pena e fixação de regime aberto, com expedição de alvará de soltura pelo cumprimento integral da pena carcerária (TJSP, APELAÇÃO CRIMINAL 990.10.286394-8, Rel. Des. Péricles Piza, j. 27.09.2010).*

**TJSP - CORRUPÇÃO DE MENORES** - Prática de infração, em associação com menores, que por si só, não caracteriza o delito - Menores, ademais, que retornaram ao local para novas empreitadas criminosas - Corrupção não demonstrada - Recurso não provido. Não basta a prática de uma infração em parceria com menor para caracterizar o delito de corrupção de menores. É preciso que tal ato o corrompa ou facilite a sua corrupção (Apelação Criminal n. 153.013-3 - São Caetano do Sul - 3ª Câmara Criminal de Férias - Relator: Marcial Hollanda - 17.07.95 - V.U.)

**TJSP - CORRUPÇÃO DE MENORES** - Não caracterização - Hipótese que tipifica o crime descrito no art. 1º da Lei 2252/52: "não cometer o crime com pessoa menor de dezoito anos, mas o corrompê-la, ou facilitar sua corrupção, com ela praticando crime" - Inexistência, ademais, de prova de que o menor tenha sido corrompido, ou tenha facilitada sua corrupção, por ter o apelante com ele cometido o roubo, tudo indicando que esse menor já era corrompido, tanto que dele a arma usada para a ameaça - Recurso provido para esse fim (Relator: Barreto Fonseca - Apelação Criminal 112.062-3 - São Paulo - 18.11.91).

**TJSP - CORRUPÇÃO DE MENORES** - Não caracterização – Insuficiência probatória - Recurso não provido. Não havendo como saber se eram os menores efetivamente corrompidos ou não, a condenação não se impõe. Ademais, a iniciativa dos maiores não elide a condição de partícipes ativos deles, a nível de coautoria, sem qualquer coação resistível ou irresistível que possa induzir corrupção ou facilitação de corrupção (Relator: Fortes Barbosa - Apelação Criminal 111.999-3 - Itapeva - 14.10.91).

De outra banda, reputando-se que é um crime formal, a consumação ocorre independentemente da ocorrência do resultado naturalístico consistente na efetiva corrupção da criança ou do adolescente. Como bem assinalado por Ricardo Antonio Andreucci: “A inclusão do crime o ECA, pela Lei n. 12.015/2009, deixa cristalina a intenção do legislador de proteger a criança e o adolescente, uma vez que todo o Estatuto se fundamenta na Doutrina da Proteção Integral. Portanto, fica evidenciado que se trata de crime formal, sepultando de vez a corrente doutrinária e jurisprudencial

que sustenta ser o crime material<sup>283</sup>. É o entendimento que perfilhamos. Prevalece no STJ o posicionamento a favor de se considerar o crime em tela como formal, corrente que, embora minoritária no TJSP, foi abraçada recentemente em alguns julgados. Confira-se:

## JURISPRUDÊNCIA

### Corrupção de menores – caracterização

**TJSP - CORRUPÇÃO DE MENORES - CRIME FORMAL - COMPROVAÇÃO DA CORRUPÇÃO** - Desnecessidade: Tratando-se de crime formal, basta à configuração da

*corrupção de menores a prova da prática de um crime em concurso de agentes com um adolescente ou criança (TJSP, APELAÇÃO CRIMINAL 990.10.256448-7, Rel. Des. J. Martins, j. 01.09.2011).*

**TJSP - APELAÇÃO DA JUSTIÇA PÚBLICA - CORRUPÇÃO DE MENORES - PROVA - SUFICIÊNCIA - CRIME FORMAL - CONDENAÇÃO - ADMISSIBILIDADE** - Acusado que permitiu que o adolescente praticasse a infração penal - O crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de dezoito anos para que se verifique a sua consumação — Orientação do STJ- Condenação por este crime em

*concurso formal com o de roubo que se impõe — Reformulação da dosimetria para incluir este crime — Sentença reformada neste ponto - RECURSO DA JUSTIÇA PÚBLICA PROVIDO (TJSP, APELAÇÃO CRIMINAL 990.10.135.085-8, Rel. Des. Amado de Faria, j. 25.08.2011).*

**STJ - HABEAS CORPUS. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO INIMPUTÁVEL. DESNECESSIDADE. PROVA DA PARTICIPAÇÃO DO MENOR NA PRÁTICA DELITUOSA. ORDEM DENEGADA.**

*1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração do crime de corrupção de menores, atual art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, cujo objeto jurídico é a defesa da moralidade da criança e do adolescente.*

<sup>283</sup> Legislação penal especial. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100.

2. *Habeas corpus* denegado (STJ, HC 187144-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 5ª Turma, j. 11.10.2011).

*HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO PREVISTO NO ART. 244-B DA LEI N.º 8.069/90. COMPROVAÇÃO DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.*

1. *É firme o entendimento nesta Corte no sentido de que, para a configuração do delito tipificado no art. 244-B da Lei n.º 8.069/90, anteriormente previsto no art. 1.º da Lei n.º 2.252/54, são desnecessárias provas da efetiva corrupção do menor, bastando, para tanto, que haja evidências da participação de menor de 18 anos em crime na companhia de agente imputável, como de fato ocorreu na hipótese. Precedentes.*

2. *Ordem denegada* (STJ, HC 194184-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 23.08.2011).

### **Tipo subjetivo:**

O crime é punido a título de dolo consistente na vontade livre e consciente de praticar as condutas incriminadas, não havendo elemento subjetivo especial do tipo. Não há forma culposa.

### **Pena:**

É de reclusão, de um a quatro anos, havendo a possibilidade da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Na hipótese do § 2º, a pena é aumentada de um terço, afastando a benesse mencionada.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Corrupção de menores – desnecessidade de prova da corrupção – crime formal**

*TJPR 4. 786656-4 (Acórdão)*

*Relator: Marques Cury*

*Fonte: DJ: 733*

*Data Publicação: 13/10/2011*

Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal

Data Julgamento: 29/09/2011

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento do recurso de apelação interposto pelo réu FÁBIO PEDROSO DE OLIVEIRA, para o fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de extorsão e roubo, bem como, afastar de ofício a agravante da reincidência, reduzindo a pena para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, bem como, pagamento de 23 (vinte e três) dias- multa. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE RESTRIÇÃO DE LIBERDADE (ART. 158, §3º, CP), ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, §2º, INCISOS I E II, CP) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B, ECA) PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES SOB O ARGUMENTO DE QUE O INIMPUTÁVEL JÁ ESTAVA CORROMPIDO TESE NÃO ACOLHIDA CRIME FORMAL DESNECESSÁRIA PROVA SOBRE A EFETIVA CORRUPÇÃO PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE INDISCUTÍVEL MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO INSURGÊNCIA QUANTO A PENA DOS DELITOS DE EXTORSÃO E ROUBO REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PEDIDO PREJUDICADO ATENUANTE JÁ APLICADA NA SENTENÇA, APESAR DA PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (ART. 67, CP) AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA, 'EX OFFICIO', EM FACE DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SOBRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ALEGAÇÃO DE QUE O AGENTE ERA MUITO JOVEM NA ÉPOCA DO FATO PUNÍVEL TESE NÃO ACOLHIDA CRITÉRIO CRONOLÓGICO EMPÍRICO DEFINIDO PELO LEGISLADOR QUE BENEFICIA SOMENTE O AGENTE MENOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS (ART. 65, I, CP) AFIRMAÇÃO DE QUE APESAR DA REINCIDÊNCIA O APELANTE PRETENDE BUSCAR INTERNAMENTO IRRELEVÂNCIA SITUAÇÃO QUE NÃO ENCONTRA SUBSÍDIO EM NENHUMA DAS CATEGORIAS DO SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA (ART. 68, CP) TESE DE QUE O APELANTE SE ARREPENDEU DE PRATICAR O CRIME INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR (ART. 16, CP) AUSÊNCIA DE VOLUNTÁRIA REPARAÇÃO DO DANO, ALÉM DOS CRIMES TEREM SIDO PRATICADOS MEDIANTE GRAVE AMEAÇA REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES POSSIBILIDADE UNIDADE CONTINUADA ENTRE OS CRIME DE ROUBO E EXTORSÃO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A condenação pelo crime previsto no artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90 (corrupção de menores) se justifica porque, tratando-se de crime formal, basta que o agente pratique o crime na companhia do menor como ocorreu na hipótese, sendo desnecessária a prova que menor restou corrompido. 2. "É de se reconhecer a continuidade delitiva entre roubo extorsões, se ficar constatado que as extorsões se deram como mero desdobramento do roubo, sendo muito semelhantes as condições de tempo, lugar e modo de execução, tendo o agente se aproveitado da oportunidade proporcionada pela prática do primeiro delito (roubo), cuidando-se de crimes de mesma espécie, já que atingem o mesmo bem jurídico tutelado pela norma

*incriminadora." (TJPR 3ª Câmara Criminal. Ap. Crim. n.º 644.354-3, rel. Jefferson Alberto Johnsson, julg. 30/09/2010)*

*TJPR 16. 704853-1 (Acórdão)*

*Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira*

*Fonte: DJ: 584*

*Data Publicação: 04/03/2011*

*Órgão Julgador: 5ª Câmara Criminal*

*Data Julgamento: 17/02/2011*

*DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, e o Juiz convocado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente e, nesta extensão, negar provimento ao recurso, nos termos do voto. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENA. ATENUANTES DA MENORIDADE E CONFISSÃO RECONHECIDAS NA SENTENÇA. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA POR TER SIDO FIXADA NO MÍNIMO PREVISTO AO TIPO. OBEDIÊNCIA À SÚMULA 231 DO STJ. CORRUPÇÃO DE MENOR. ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. DELITO FORMAL QUE SE CONSUMA PELA PRÁTICA DO CRIME EM COMPANHIA DE MENOR. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AGENTE ABSOLVIDO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PEDIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO DESPROVIDO. Restando demonstrada a autoria e a materialidade dos crimes de roubo, a condenação é medida que se impõe. Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade e da confissão não é viável a redução da pena quando na primeira fase foi fixada no mínimo previsto ao tipo penal, sob pena de desobediência à Súmula 231 do STJ. É irrelevante para a caracterização do crime de corrupção de menores se estes eram ou não corrompidos à época dos fatos. O que se leva em consideração é a ação delituosa envolvendo menores. Não se conhece do pedido de aplicação de pena mínima, com substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos quando o agente foi absolvido na origem, por ausência de interesse.*

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FELTRIN, Sebastião Oscar e FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 200.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 62, setembro-outubro de 2006.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.



TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed. 13ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1994

TRINDADE, Jorge, BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.