

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA LACUNA DE PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE GERADA POR PRÁTICA BASEADA EM PROCEDIMENTO JURÍDICO REVOGADO

Me. Maria Dinair Acosta Gonçalves

Advogada, Mestre em Direito Público com foco no Microsistema de direito positivo, Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente - PUC, 2001. Especialista em Metodologia do Ensino Superior - UFRGS. Autora do livro Proteção Integral – paradigma multidisciplinar do Direito pós-moderno, Porto Alegre: ED. Alcance, 2002. Autora do Programa de abrigos: princípios e diretrizes da Lei 8069/90, Porto Alegre: IARGS 2006. Integrante do grupo de Fundadores do CRAI Porto Alegre. Coordenadora da Ação de Cidadania do IARGS para a criação da Vara Criminal Especial para julgar os crimes de violência sexual praticados contra criança e adolescente, 2004. Professora no curso de pós-graduação em direito da Criança e do Adolescente na Universidade São Francisco, Santa Maria, 2008/2010. Fundadora do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente, Porto Alegre/CEDECAPOA 2005 e Presidente até 2008. Presidente da Comissão Especial da Criança e do Adolescente CECA/OABRS 2007/2014. Defensora Pública emérita, 1995. Agraciada com a Comenda Osvaldo Vergara OABRS 2008. Vice-presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, biênio 2006/2008. Curso de Conciliação e Mediação TJRS e conciliadora do TJRS 2011/2012. Consultora e Parecerista para assuntos da Criança e do Adolescente. Conferencista convidada do PAIR MERCOSUL- que promoveu a capacitação das redes sociais locais RS ao enfrentamento ao tráfico de Crianças e Adolescentes para fins de exploração sexual no Mercosul, 2012. Representante do Presidente da OAB/RS no Comitê da Escola de Conselhos na FACAT, 2012. “Voto de louvor, pelos relevantes serviços prestados à OAB/RS”, do Presidente da OAB/RS, Marcelo Machado Bertoluci, 2014.

Julho de 2017

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA LACUNA DE PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE GERADA POR PRÁTICA BASEADA EM PROCEDIMENTO JURÍDICO REVOGADO

RESUMO

O presente texto tem como objetivo demonstrar a responsabilidade institucional e a necessidade social de a Defensoria Pública do Brasil olhar, compreender e interferir no vigente sistema de proteção jurídica. Inicialmente, demonstra-se que durante os últimos 29 anos, de 1988 a 2017, a criança e adolescente, vítimas de abandono, de negligência, de rejeição de violência sexual intra e extrafamiliar, tiveram seus direitos violados institucionalmente pela aplicação de uma legislação já revogada. Defende-se, nesse sentido, a necessidade urgente de se promover a substituição do procedimento administrativo da jurisdição voluntária pelo procedimento do devido processo legal, na forma em que este está expressamente contido na Carta de 1988. Ao fim, pleiteia-se a cessação das referidas violações através de ação institucional da Defensoria Pública, entendida esta como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado incumbindo-lhe (...), promoção dos direitos humanos e a defesa (...) dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados (inciso LXXIV do art.5º, Constituição Federal).

INTRODUÇÃO

No intuito de facilitar o entendimento do que aqui se pleiteia, abordaremos reflexiva e brevemente a história da legislação do menor no Brasil, estabelecendo-se uma linha de raciocínio a partir do que entendemos ser a diferença essencial entre um **estado liberal**, que tem na **defesa do capital financeiro** seu centro de interesse jurídico fundamental, e o **estado democrático de direito**, que tem em

seu núcleo normativo a defesa da **dignidade da pessoa humana**, estabelecida por normas constitucionais.

Do ponto de vista da proteção jurídica, a prática do procedimento administrativo da jurisdição voluntária coloca criança e adolescente vítimas em situação de desigualdade na relação jurídica processual por não estar representada por advogado próprio, ou defensor público, que lhe oportunize manifestar seus desejos de justiça.

É nesse sentido que aqui se invoca princípios do estado democrático na afirmação da cidadania, da igualdade de direitos, da indispensabilidade de advogado próprio à administração da justiça, e da Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

1. Da liberdade e suas garantias

Em 1989, a **Convenção Internacional da Criança** introduziu, no âmbito de uma discussão internacional acerca de proteção jurídica, a doutrina da proteção integral à população de zero a dezoito anos.

No Brasil, entre os direitos fundamentais do cidadão, destaca-se a supremacia da doutrina da proteção integral da criança e adolescente, forte no artigo 227, e suas normas formativas da Constituição de 1988. Esse dispositivo constitucional contempla a proteção especial ao cidadão vulnerável em termos de **prioridade absoluta**. Assim, ao edificar um marco legislativo que inverte o enfoque que priorizava o interesse e a vontade dos adultos, fixou-se uma modificação na ordem jurídica brasileira. Desse modo, a criança e adolescente adquiriram o direito de

manifestação, de opinião e de participação na construção de sua cidadania emancipatória.

Ao reler os dispositivos que tratam dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, a liberdade surge como bem inalienável do ser humano, protegida pela Carta Federal no artigo 5º, inciso LIV: “*Ninguém será privado da liberdade (...) sem o devido processo legal*”. E também no inciso LV, que explicita a forma em que essa liberdade adquire eficiência e eficácia: “*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) são assegurados o contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes*”.

Aprofundando o tema, a Lei Especial nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 87, aponta as linhas de ação da política de atendimento, citando entre elas a **proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente** – inciso V, do mesmo artigo.

Nessa linha, fica claro que o **procedimento administrativo de jurisdição voluntária**, praticado nas varas da infância e da juventude do setor civil do poder judiciário, acarreta falta de proteção jurídica integral à criança e ao adolescente, posto que, ao lhes serem negados os direitos de manifestar sua opinião e de participar na construção de sua cidadania emancipatória, negam-se-lhes os direitos à liberdade, à ampla defesa e ao contraditório.

O **procedimento administrativo de jurisdição voluntária**, praticado nas varas da infância e da juventude, facilita apreensão e condução coercitiva de vulnerável a abrigos, configurando-se como **tutela de direitos subjetivos e individuais**. O procedimento da jurisdição voluntária data de uma época em que não existia contraditório nas relações administrativas e hoje, representa flagrante afronta ao

processo na forma em que foi assegurado expressamente pela Constituição de 1988, no artigo 5º.

A jurisdição voluntária é uma atividade puramente administrativa em que **não há ação nem partes**, apenas “interessados”. As decisões ali emitidas não produzem coisa julgada material, apenas preclusão. O interessado “menor” é considerado incapaz, visto como **objeto tutelado**. Nesse procedimento, o juiz **determina** o afastamento da Criança e do Adolescente de sua família biológica e seu internamento compulsório em abrigos institucionais, por tempo indeterminado. Por sua vez, o promotor público, no papel de fiscal da lei, corriqueiramente, referenda a decisão do juiz. Nesse contexto, a criança e adolescente restam, na prática, desprotegidos, posto que não têm representante próprio capaz de fazer sua voz ser ouvida.

Em verdade, tais medidas administrativas, que na aparência configuram-se como benesses que prometem proteção e recuperação da Criança e do Adolescente, de fato revelam-se como sanções disfarçadas.

A psiquiatra Maria Helena Ferreira (2004) afirma:

O trabalho de recuperação de uma criança, ou adolescente, vítima de violência, retirado de sua família e recolocadas em outras condições de acolhimento parece muito semelhante ao trabalho com populações assoladas por catástrofes. (...). Elas sofrem sequelas negativas as mais generalizadas em vários domínios como resultado do abandono familiar ou da experiência institucional cunhadas pelas catástrofes psicológicas, angustia e abandono. (FERREIRA. 2004, pp. 109, 110)

Por outro lado, a liberdade, forte nas regras do devido processo legal, nos moldes dos incisos LIV e LV da Carta de 1988, **exige para todos os sujeitos de direitos** (incluindo-se aí criança e adolescente) um processo dialógico entre os

princípios do sistema, das normas, das regras e valores, harmonizando a hierarquia do sistema jurídico positivo vigente para amenizar conflitos e perdas psicológicas.

Nesse sentido, Freitas (1998) diz:

É imperativo compreender a própria tarefa da exegese, sob o prisma de que o sistema é mesmo uma ordem axiológica ou teleológica, composta de normas, de princípios e de valores devidamente hierarquizado pelo interprete em diálogo como o sistema. (FREITAS, 1998, p.51)

Assim, quando Criança e Adolescente sofrem ameaça ou violação de direitos individuais, o conhecimento dos fatos e a apreciação dos conflitos entre as partes há de ser realizado dentro do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com **presença obrigatória** de defensor público/advogado próprio da Criança ou do Adolescente, respeitando-se a dignidade da pessoa humana.

2. Da Legislação Brasileira revogada, da Legislação Brasileira vigente e da legislação internacional pertinente

Antes de 1988, o sistema de governo brasileiro tinha em seu centro jurídico o interesse na defesa do capital financeiro. Tal modelo jurídico liberal não mantinha nenhum compromisso com a proteção do direito individual dos infantes, praticando, na melhor das hipóteses, um assistencialismo repressor.

Um exame do **Código Penal do Império**, de 1830, nos informa que o “menor” que praticava atos considerados reprováveis pela sociedade era preso e mantido em prisões. Filhos rejeitados eram colocados nas rodas de enjeitados de conventos e hospitais e, ao crescerem, tornavam-se serviçais de famílias abastadas.

Já no **Código Civil**, de 1916, o “menor” era considerado “incapaz” e, por isso, devia ser “tutelado” pela família, à qual devia obediência total, não lhe sendo concedido direito a manifestação nem a voz própria.

Em 12 de outubro de 1927, o **Decreto nº 17.943-A** criou o primeiro **Código de Menores do Brasil**, utilizado pelo primeiro juiz de menores Mello Mattos. Nesse Código, o “menor” pobre, abandonado e delinquente, passou a ser tutelado de ofício pelo Estado/juiz, como objeto e não como sujeito. Foi com a implementação desse Código de Menores que se entrou em voga o procedimento administrativo da jurisdição voluntária.

Em 1979, durante a última ditadura militar, um novo **Código de Menores** introduziu a doutrina da “situação irregular”, pela qual o menor pobre, abandonado, maltratado ou violado sexualmente era colocado na FEBEM e lá permanecia até a maioria sem escola, sem afetividade familiar, longe da sua comunidade de origem.

Em 1988, o sistema **assistencialista** para “menores carentes” foi substituído pelo **sistema de direitos e garantias**, com a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, nas formas previstas pela Constituição Federal. Em seu artigo 227, a Constituição de 1988 substituiu o termo “menor” por “criança e adolescente”, concedendo-lhes “prioridade absoluta” no atendimento aos direitos fundamentais inerentes à toda pessoa humana.

O **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069/90, em seu artigo 267 revogou as leis nº 4.513, de 1964, e 6.697, de 1979 e demais disposições em contrário. Em seu artigo primeiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a **doutrina da proteção integral** e afirmou, em seu artigo 15, o *direito à liberdade*,

ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição e demais leis. Em seu artigo 16, II, o Estatuto assegurou à Criança e ao Adolescente o direito a opinião própria e expressão.

Por sua vez, o **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016, artigo 695 § 4º, também nos casos que envolvem criança e adolescente, exige ser levado em consideração quando diz que *“Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos”*.

Complementando o Estatuto, a **Lei 13.431**, de 4 de abril de 2017, em seu artigo 1º:

Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, Convenção sobre os Direitos da criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência.

Em seu artigo 5º, incisos V e VII, a mesma lei impõe o direito de a criança, ou adolescente “receber informação adequada (...) representação jurídica (...)” e receber assistência jurídica qualificada que facilite a sua participação e os resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo.

A **Convenção internacional da Criança** de 1989, da qual o Brasil é signatário, substituiu a tutela do menor incapaz pela **proteção integral**, assegurando-lhes **o direito** a voz e proteção jurídica de advogado, em seu artigo 12.

Debates e discussões se sucedem no reconhecimento de que, perante as leis anteriores, o ECA representa um avanço protetivo. Porém, ainda não se reconheceu a obrigatoriedade de o Poder Judiciário abandonar a prática legalmente já revogada do procedimento administrativo, substituindo-o pelo devido processo legal, com contraditório e ampla defesa garantidos, como disposto na Constituição Federal de 1988. Tal substituição faria diferença enorme nos sentimentos de confiança, de inclusão e de autoestima da criança vítima, permitindo-lhe reconhecer que alguém (no caso, defensor público ou, advogado) a escuta e a protege em situações de conflito.

O amplo desconhecimento da sociedade em relação ao tema aqui tratado, constata-se em publicação recente no site oficial do CONEP ANADEP (em 13.07.2017), na qual a deputada Érika Kokay (PT/DF), que presidiu a mesa da Audiência Pública em alusão aos 27 anos do ECA, ressalta a importância do ECA, mas lamenta o sofrimento causado pela falta de voz imposta aos sujeitos nomeados naquele estatuto:

O Estatuto colocou a criança e adolescente na condição de sujeitos de direitos. Eles precisam ter voz e ação. Pois, muitas vezes, sofrem em silêncio, como meninas e meninos vítimas de violência. Precisamos debater políticas públicas para melhor escutar e orientá-las.

A eminente deputada revela total desconhecimento acerca do fato de que a “política pública” que garantiria a indispensável proteção jurídica e asseguraria “voz e ação” à criança em processo judicial seria precisamente garantir-lhe ser representada por advogado próprio.

3. Advogado/defensor público próprio para a criança e adolescente vítima

Em verdade, as formas jurídicas não se alteram automaticamente ao sabor de todas ou de qualquer alteração do poder político, social, cultural e civilizatório. O pensamento jurídico precisa atuar na direção de uma reorientação necessária e operatória para reconfigurar o homem, a sociedade, o Estado e o universo alcançando-lhes decisões adequadas aos fatos novos (Gonçalves, 202, pg. 46)

A situação de pobreza da criança e adolescente representa importante elemento de restrição da proteção jurisdicional. A veracidade das informações trazidas pela polícia, pelo Conselho Tutelar, pela escola, pela equipe técnica aos autos do devido processo legal exige exame minucioso do defensor público e a utilização de recursos adequados à instância superior, sempre que qualquer decisão seja desfavorável ao interesse da Criança e do Adolescente. Por essa razão é que, na realidade prática da jurisdição voluntária, fica evidenciado o desvio da atuação do promotor público que, em lugar de atuar como protetor dos direitos indisponíveis da vítima, dando voz a seus desejos de justiça, apenas referenda as sanções do juiz.

É nesse contexto que, por ser instituição “*essencial à função Jurisdicional do Estado (...) e a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados*” (inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal), a Defensoria Pública deveria atuar também na proteção jurídica da vítima, e não somente na defesa do réu, ainda mais quando o réu é um familiar ou responsável.

O defensor público, na área da infância e juventude, deve ter como linha condutora de suas ações legais a necessidade de ruptura ou de corte

epistemológico com todos os conceitos históricos que construíram a figura do advogado tradicional, carregada de individualismo e só formalmente próximo ao sujeito representado.

O defensor público precisa atuar de forma compatível com as exigências do seu tempo, vez que, o procedimento administrativo ameaça ou viola os direitos da Criança e do Adolescente na área do direito civil das varas da infância e da juventude. Nesse sentido, é indispensável reconhecer as peculiaridades materiais e processuais essenciais que devem ser observadas:

1. Oportunizar-se que a criança fale de suas necessidades, desejos de justiça, sonhos particulares;
2. Exigir-se avaliação social, da família biológica e extensa;
3. Exigir-se avaliação de saúde física e psíquica dos sujeitos envolvidos no processo;
4. Exigir-se acompanhamento multidisciplinar que terá eficiência e eficácia se buscar a adequação do sistema à exegese dos princípios e sua aplicação ao sistema jurídico em sua totalidade.

Nesse sentido, impõe-se o dizer de FREITAS (1998):

O sistema jurídico é uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. (FREITAS, p. 46, 1998)

Nessa linha, a configuração do sistema de garantias composto por juiz, promotor público e advogado de defesa do réu é manifestamente inapta para, em sintonia com as mudanças teleológicas e de estrutura normativa, reconhecer a criança e adolescente como os únicos sujeitos que não têm voz própria no sistema de garantias. Isso porque, na prática, o procedimento administrativo utilizado recorrentemente pelo poder judiciário, não oferece advogado próprio à vítima, costumeiramente retirada de sua família e posta por tempo indeterminado em casas de acolhimento institucional, violando-se, dessa forma, a inteireza do espírito da Lei, agindo-se contrariamente a todo sistema jurídico do Estado Democrático de Direito.

O ECA conclama:

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 – artigo 6º.

E, no que se refere ao acolhimento institucional, o mesmo Estatuto diz:

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transposição para a reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade – artigo 100, § primeiro.

CONCLUSÃO

Em sendo expressão e instrumento do regime democrático e instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública tem o dever de

buscar a mudança da interpretação do sistema jurídico, exigindo a não aplicação pelo Poder Judiciário de leis já revogadas.

É papel do advogado de defesa buscar o fim do sofrimento da criança e adolescente, imposto pela separação da família e pela condução coercitiva a abrigos e outras formas de acolhimento institucional determinadas por decisão administrativa, sem a ampla defesa e direito ao contraditório.

Os casos de violência psíquica institucional são pouco divulgados, mas corriqueiros, praticados por autoridades dentro de suas competências institucionais, que se autorizam ofender a dignidade da pessoa humana em desenvolvimento, justamente pela fragilidade desses seres, mormente, quando o litígio opõe a vítima a seu familiar ou responsável, e chega ao judiciário onde não se deveria, em nenhuma hipótese, negociar as salvaguardas dos pequenos.¹

Mesmo em ocorrências de violações de direito dos infantes ocorridas à noite, essas vítimas precisam ser acolhidas em programas de famílias acolhedoras, ao invés de serem encaminhadas a instituições coletivas, impondo-se, já no dia seguinte, serem ouvidas pelo juiz da infância e da juventude, na presença de defensor público próprio, iniciando-se assim o devido processo legal.

¹ A título de exemplificação do que foi dito acima, traz-se o breve relato de um fato registrado pelo Jornal Zero Hora, de Porto Alegre, no dia 9 de setembro de 2016. Uma adolescente de quatorze anos, vivendo drama familiar intenso, encontrava-se sozinha, sem proteção jurídica de advogado, em audiência na condição de testemunha da denúncia contra seu próprio pai, acusado de abusá-la. Nessa audiência, com permissão da juíza que a presidia, o promotor de justiça mostrou-se arrogante, grosseiro e ofensivo, tratando a testemunha como criminosa quando, na verdade ela era vítima de estupro praticado pelo pai durante um ano, restando, em decorrência, grávida. Essa Adolescente obteve no judiciário autorização para abortar o que enfureceu o tal promotor, que disse textualmente (*sic*): “Pra abrir as pernas e dá o rabo tu tem maturidade (...). Tu é uma pessoa de sorte, porque tu é menor de dezoito anos, se tu fosse maior eu ia pedir a tua preventiva, agora, pra tu ir lá na FASE, pra te estuprarem lá e fazer tudo que fazem lá com um menor de idade. Vou me esforçar o máximo pra te ferrá, pode ter certeza disso, não sou teu amigo”. Zero Hora, sexta-feira, 9 de setembro de 2016, Porto Alegre, fl. 26.

A presença de advogado próprio, na pessoa do Defensor Público, asseguraria a igualdade das partes na relação jurídica processual.

BIBLIOGRAFIA

1. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança**, 1989. Unicef – Brasil. https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 28/07/2017.
2. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças** – UNICEF, 20 de novembro de 1959, Ministério Público, Estado do Rio Grande do Sul, ECA. Porto Alegre, 2015.
3. FERREIRA, Maria Helena, **Infância em família: um compromisso de todos**. IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Seção Rio Grande do Sul, 2004.
4. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, 2ª ed.
5. GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. **Proteção Integral, Paradigma Multidisciplinar do Direito Pós-Moderno**. Porto Alegre: Ed. Alcance, 2002.
6. Jornal Zero Hora, fl. 26, Porto Alegre. Sexta-feira, 9 de setembro de 2016.
7. KETTERMANN, Patrícia; PEDROSO, Stéfano. **Edição Histórica da Constituição Federativa do Brasil, 1988**. Organização: ANADEP, Brasília, 2005.
8. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.