

**PROPOSTA DE REPOSICIONAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA
ENQUANTO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA EM LIDES QUE
ENVOLVEM CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMAS**

Maria Dinair Acosta Gonçalves

Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul, aposentada

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Passaram-se já trinta e quatro anos desde que, com a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988, reconheceram-se, no Brasil, os direitos, em prioridade absoluta, de criança e adolescente, destinando-lhes precedência na formulação e na consecução de políticas públicas. E, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, introduziu-se no país a doutrina da proteção integral, que prometia privilegiar a destinação de recursos para a composição de uma rede de proteção para aqueles sujeitos em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Em conjunto, o princípio da prioridade absoluta e a doutrina da proteção integral buscam assegurar aos sujeitos de direitos, criança e adolescente, entre outras garantias de proteção, o direito ao devido processo legal, no contexto de uma relação processual triangular, para que, nas lides em que se vejam envolvidos, lhes seja garantida representação por advogado próprio, a mais ampla defesa e o contraditório.

No entanto, quando se trata de lide envolvendo criança e adolescente, no setor civil das varas da infância e da juventude, o Poder Judiciário costumeiramente vale-se de um arcaico procedimento administrativo, herdado da tradição arbitrária da doutrina “menorista”, que compreendia aqueles, agora, sujeitos de direitos, como “menores incapazes”, em “situação irregular”, sujeitos-objeto que devem ser tutelados pelo Estado, sem a consideração de suas próprias vontades e de seus interesses. Na prática, valer-se do procedimento administrativo acima referido, significa alienar criança e adolescente da proteção jurídica que a instituição encarregada dessa atribuição, a Defensoria Pública, deve lhes prestar.

No dizer preciso de MAURILIO CASAS MAIA (2021, p. 160):

Ao se debater direito da criança e do adolescente à luz da Constituição, em especial do art. 227, é preciso reconhecer o potencial risco de que a “doutrina menorista” — a qual permaneceu em vigor durante muitos anos no Brasil — tenha remanescido por resquícios autoritários, os quais seguiriam silenciosamente (ou não) presentes no meio teórico e prático, reduzindo as crianças e adolescentes à condição

inconstitucional e inconvenção de meros objetos do direito e da ordem jurídica, além de objetos das “vontades institucionais” por meio de uma leitura pré-constitucional da denominada “legitimidade extraordinária” — o que é inadmissível na atual conjuntura normativa. (CASAS MAIA, 2021, p. 160)

No mesmo sentido, e ainda em âmbito processual, argumentos proferidos em favor de "celeridade e economia processual", buscam justificar a ausência de agente defensorial naqueles "procedimentos", apelando para a atuação do Ministério Público como substituto processual na defesa de direitos individuais indisponíveis. Entretanto, nunca é demais ressaltar-se a excepcionalidade desta faculdade, posto que, como bem afirmou JOSÉ AUGUSTO DELGADO (1994, p. 4 - grifo nosso):

... conforme se depreende do nosso sistema formal civil, a relação jurídica processual há de ser formada, em regra, entre as partes interessadas, de *modo direto*, no resultado da controvérsia submetida ao Estado, por meio do Juiz, para uma solução definitiva (art. 3º, c/c o art. 6º, do CPC). (DELGADO, 1994, p. 4)

Se, na vigência legal do estado democrático de direito, forem repetidamente interdidas aos defensores públicos suas atribuições de proteger, orientar e defender jurídica, social, política e economicamente, criança e adolescente vítimas, prejuízos irreparáveis serão indefinidamente impostos a indivíduos flagrantemente vulneráveis.

Sem falar no enfraquecimento do papel institucional da Defensoria Pública e nos efeitos danosos ao estado democrático de direito como um todo, eliminando-se espaços onde as vítimas de abusos “possam falar e ser ouvidos, ainda que em processos judiciais, com cujas linguagens, tradicionalmente, erigem-se novos obstáculos para o acesso à justiça” (GRANDUQUE JOSÉ, 2013, p. 82).

Nesse sentido, no setor civil das Varas da Infância e Juventude, costumeiramente desrespeita-se a determinação da Lei, escrita na letra “a”, do artigo 96, da Constituição Federal, segundo a qual, devem-se “observar as normas de processo e as garantias processuais das partes”, menosprezando-se, claramente, a indispensável tridimensionalidade do acesso à justiça (MAGNO, 2019, pp. 149-159), normatizada pelas regras do devido processo legal. Em síntese, nas varas da infância e juventude, no setor civil, o Juiz, ao invés de adotar o devido processo legal, conforme determinado pela Constituição, escolhe um procedimento administrativo. No mesmo contexto, o promotor de justiça participa desse procedimento, omitindo-se em sua atribuição de fiscalizar a “defesa da ordem jurídica, do

regime democrático a correta aplicação da Lei”. Por fim, a Defensoria Pública, abstendo-se de ocupar o vértice destinado à “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da proteção e defesa dos direitos da criança e adolescente, vulnerável”, deixa-se levar pela inércia, e contribui para que se configure uma explícita violação da ordem jurídica, restando prejuízo aos direitos e interesses de vulneráveis, criança e adolescente.

Em qualquer caso, não respeitar o devido processo legal nos procedimentos das varas da infância e juventude do setor civil, nos moldes do artigo 5º, *caput* e seus itens XIV, XV, da Constituição Federal, significa renegar seus objetivos, escritos na LC80/2014:

Art. 3º- São objetivos da Defensoria Pública: I - a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II - a afirmação do Estado Democrático de Direito; III - a prevalência e efetividade dos direitos humanos; IV - a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Tendo em vista o quadro de violação ao pleno direito de igualdade das partes, o objetivo desta tese é propor às instituições do sistema de justiça do Estado Democrático de Direito, à luz da Hermenêutica Jurídica, reflexões destinadas a contribuir para eliminar o retrocesso jurisdicional fomentado pela adoção de procedimento administrativo arcaico nas Varas da infância e juventude do setor civil.

Ao buscar responder à questão que se impõe, de saber como deveria atuar a Defensoria Pública no sentido de assegurar o respeito a sua legitimidade constitucional, entre as instituições que demandam representação nos procedimentos realizados nas Varas da infância e juventude do setor civil, apresentaremos, por fim, sugestões que, entendemos, exigem a modificação legal das atribuições de algumas instituições que integram o sistema de justiça vigente, em especial do sistema da Rede de Proteção da infância e da juventude.

2. O SUJEITO DE DIREITOS E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS

O significado da palavra liberdade, que tem origem no latim *libertas* e refere-se à condição do indivíduo que exerce o direito de fazer escolhas, foi expandido pelo filósofo

Jean Paul Sartre, em conferência intitulada "O existencialismo é um humanismo", proferida em 1946, onde afirmou que “*liberdade é a condição de vida do ser humano, o princípio do homem é ser livre*”, e complementou, dizendo que “*os seres humanos são obrigados a realizar escolhas para construir sua própria existência*”.

Levando-se em conta essa concepção de liberdade, podemos pensar no direito de o sujeito de direitos fazer as próprias escolhas como a liberdade de construir a própria existência, seguindo vontade e interesses próprios, sem que lhe sejam impostas limitações, além daquelas previstas pela legislação.

Nessa ordem de reflexão, os titulares da proteção integral constitucional, em prioridade absoluta, criança e adolescente, com a liberdade e protagonismo que a lei lhes garante, têm o direito de manifestar seus desejos, inclusive em audiências judiciais. naquilo que afeta seus direitos, que possam estar sendo ameaçados ou violados. Falar e ser ouvido em audiências onde seu futuro está sendo decidido é, definitivamente, exercer a liberdade de ser o verdadeiro protagonista na construção da uma cidadania emancipatória.

Sem a presença de defensor público atuando em nome próprio ou como representante do sujeito de direitos vulnerável, sua liberdade de falar e de ser ouvido, assegurada por lei, fica ameaçada, em particular quando procedimentos administrativos que não foram acolhidos pela Carta Federal são levados a cabo nas Varas da Infância e Juventude.

Entendido em sentido amplo, o conceito de garantia constitucional é pressuposto e base “do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado” (BONAVIDES, 2000, p.493).

Portanto, como pressuposto de validade dos atos estatais indispensável à preservação das estruturas do Estado, a "proteção adequada" dos direitos individuais figura como preeminência. Nessa linha, o fluxo processual é, ao mesmo tempo, garantia de segurança jurídica e instrumento de construção de decisões que geram expectativa de imparcialidade. Na relação jurídica processual de natureza triangular, o princípio da equanimidade se sustenta na presença das instituições, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

O sentido da expressão “devido processo legal” é derivado da expressão inglesa *due process of law*, e, na Constituição Federal de 1988, seu significado pode ser extraído principalmente do texto do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (...), nos termos seguintes:

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

LV- a todos é assegurado o contraditório e a ampla defesa em processo judicial ou administrativo. (CF, 1988)

De forma genérica, além de funcionar como proteção do binômio vida-liberdade, o devido processo legal é uma garantia constitucional muito abrangente, que busca evitar que qualquer cidadão seja injustamente privado de sua liberdade ou de seus bens.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade (...), quanto no âmbito formal, *ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente* (MORAES, 2003, p. 361).

Depreende-se do texto da Constituição e das palavras dos citados doutrinadores que, sem a observância estrita do devido processo legal, a prática de não garantir representação jurisdicional como forma de assegurar oportunidade de manifestação dos sujeitos, criança e adolescente, é deformação jurídica a ser urgentemente sanada, para de uma vez por todas eliminar-se o arcaísmo processual *sub judice* que, em essência, configura arbítrio e que transforma toda a expectativa de justiça em possibilidade de "justiçamento".

Não ouvir criança e adolescente em audiência onde seu destino será decidido é atentar contra a proteção e defesa jurídica prometida pela Defensoria Pública a esses sujeitos. A legitimidade e a imprescindibilidade da Defensoria Pública para atuar, ou para intervir em nome próprio, como guardião dos vulneráveis, em tais situações, está inscrita na Lei Federal nº 8.069/90, em seu artigo 141: “É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública”, que se completa com o que está escrito no artigo 4º, da Lei Complementar n. 80/1994:

São **funções institucionais** da Defensoria Pública, dentre outras (...): XI – exercer a **defesa** dos interesses individuais e coletivos da **criança e do adolescente**, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado. (Redação dada pela Lei Complementar n° 132, de 2009)

Atualmente a intervenção defensorial, na posição de *Custus Vulnerabilis*, é reconhecida e aceita nos tribunais superiores como atribuição da Defensoria Pública, e pode ocorrer, como se sugere no âmbito desta tese, mesmo em casos nos quais não há vulnerabilidade econômica, mas vulnerabilidade social, técnica, informacional e/ou jurídica.

E é flagrante o descumprimento de preceitos legais por parte dos representantes do Ministério Público quando, usurpando a posição da Defensoria Pública nos procedimentos administrativos de adoção, conduzidos pelo Poder Judiciário, não realizam sua incumbência de defender a ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ao aceitar a omissão do juiz que não intima a Defensoria Pública, o promotor passa a exercer a atribuição de advogado de criança e adolescente, violando a ordem contida na letra “b”, item II, do artigo 128 da Constituição Federal que, expressamente, veda ao Ministério Público o exercício da advocacia.

Os meios de comunicação são pródigos em trazer a público, constantemente, as consequências danosas e irreversíveis impingidas aos sujeitos de direitos, criança e adolescente vulneráveis, ao serem retirados da convivência familiar, sob o trauma e a dor do isolamento familiar.

3. DE MENOR INCAPAZ A SUJEITO DE DIREITOS - A EVOLUÇÃO DO ATENDIMENTO DOS SUJEITOS, CRIANÇA E ADOLESCENTE, NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Do período colonial até o fim do segundo império (1889), não houve no Brasil nenhuma instituição pública que atendesse a então chamada “infância desvalida”. O enfrentamento de problemas surgidos especialmente em razão do lugar destinado ao “menor de idade” na “divisão social do trabalho” cabia, em primeiro lugar, à Igreja, depois às Santas

Casas de Misericórdia, entre outras confrarias, que se encarregavam de encaminhar os menores sob sua custódia aos postos de trabalho.

À época da Velha República, passou a predominar a mentalidade de que “problema social é caso de polícia”, e os problemas sociais causados pela pobreza, pela fome, pela ausência de políticas públicas de saúde, habitação e educação, resolviam-se com encarceramento massivo da população pobre. Aos “menores de idade”, a legislação penal destinava ações “correcionais e repressivas”. Na prática, tratava-se de mantê-las segregadas, sem liberdade, para preservar a imagem de uma sociedade “de bem”.

No Código Civil de 1916, o “menor” veio a ser considerado “incapaz”, e por isso, devia ser “tutelado” pela família, à qual devia obediência total, não lhe sendo permitido o direito a manifestação de vontade própria.

Em 1927, foi promulgado o primeiro Código de Menores do Brasil, que introduziu a tutela de ofício que, na prática, concedeu ao juiz, “gratuitamente”, o papel de tutor com a responsabilidade de resolver os problemas criados pelos menores pobres, entendidos como mais como objetos do que como seres humanos. A tutela do juiz era exercida no âmbito de um procedimento administrativo denominado “jurisdição voluntária”. Para tanto, a legislação instrumentalizava o controle social de criança e adolescente não lhes reconhecendo direitos básicos, pretendendo controlar tais sujeitos mediante tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, reforma e educação.

Nos anos cinquenta do século passado, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor – SAM -, órgão do Ministério da Justiça que tratava o “menor” como “delinqüente”, cristalizando a mentalidade repressiva das relações entre o Poder Público e os demais cidadãos.

No regime militar iniciado em 1964, promulgou-se a Lei número 4.513, que pretendia resolver o problema do menor tradicionalmente abandonado pelo Poder Público. Foram criadas instituições como a FUNABEM, em nível Federal, e a FEBEM, nos Estados. Essa lei trocou o enfoque correcional pelo enfoque assistencialista, e o menor passou a ser visto como um “feixe de carências”, biológicas, psíquicas, sociais e culturais.

Em 1979, ainda durante a ditadura militar, um novo Código de Menores foi editado incorporando a doutrina da “situação irregular”, que considerava o menor pobre um delinqüente, a ser internado nas FEBEMS, onde deveria permanecer recluso, sem acesso à escola, sem afetividade familiar, afastado da sua comunidade de origem, até alcançar a maioridade, quando era posto na rua para, a partir daí, responder judicialmente por sua maioridade.

Após o retorno da democracia ao Brasil, em sincronia com os ventos universais que trouxeram novos entendimentos das estruturas e das relações sociais, a Assembleia Nacional Constituinte introduziu, na Constituição de 1988, o “*sistema de direitos e garantias, com igualdade de todos perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza*”, substituindo o sistema de “*assistencialismo para menores carentes*”, e eliminando a expressão “menor pobre”, que diferenciava estes sujeitos daqueles outros sujeitos também menores de idade, porém favorecidos economicamente, tratados estes como “crianças”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, e em suas demais normas constitutivas, pela primeira vez na história constitucional brasileira, incluiu a população de zero a dezoito anos entre os sujeitos de direitos, atribuindo-lhes nome próprio, Criança e Adolescente, reconhecendo-lhes a posse dos predicados do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em processo especial de desenvolvimento.

No contexto constitucional, o artigo 227, proposto por uma emenda popular, assinada por mais de dois milhões de pessoas, afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado, conjuntamente, assegurar aos sujeitos, criança e adolescente, com absoluta prioridade social, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de situá-los, juridicamente, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esse artigo abriu a possibilidade de se promulgarem legislações complementares compatíveis com uma nova concepção de infância e adolescência, promovendo uma revisão completa de suas relações com a família, a sociedade e o Poder Público.

O então novo paradigma considerava, sobretudo, a necessidade de a criança ter reconhecidos direitos humanos apoiados na dignidade da pessoa humana, fundamento da República, em precedência prioritária sobre os interesses dos pais, alcançando, aos titulares da proteção integral, a liberdade de fazer escolhas segundo seus interesses pessoais.

Nessa trilha, a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinou as formas de se tratar juridicamente essa população, dedicando-lhe parâmetros de proteção e diretrizes legais mais abrangentes, como forma de equilibrar a desigualdade de fato, promovendo não meramente uma igualdade formal, mas uma igualdade jurídica material.

A lei nº 8.069/90 orientou, em prioridade absoluta, as decisões judiciais nos seguintes termos:

1. Em seu artigo 15, estabeleceu os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas, em processo de desenvolvimento, na condição de sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos pela Constituição e demais leis complementares.

2. Em seu artigo 16, II, assegurou a tais sujeitos o *direito de opinião e de expressão*.

3. Nos artigos 86 e 87, determinou que a política de atendimento de criança e adolescente deve se realizar por meio de uma rede articulada de instituições governamentais e não-governamentais, incluindo, no inciso V do artigo 87, a proteção jurídico-social realizada por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente, certamente referindo-se a ONGs que explicitam essa incumbência em seus estatutos.

4. O artigo 131 especificou o papel dos Conselhos Tutelares, como órgãos permanentes e autônomos, não-jurisdicionais, e como entes encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos de criança e adolescente e como conselheiro dos pais nesse mister.

5. O artigo 141 definiu o acesso à justiça via Defensoria Pública para criança e adolescente, garantindo assim a representação processual desses sujeitos, de forma integral, constitucional, com atuação voltada à defesa ou à reparação de direitos ameaçados ou violados.

Em contraste com os sistemas jurídicos precedentes, essas inovações compartilharam, entre a sociedade civil e o governo municipal, o encargo de formular e

deliberar políticas públicas voltadas à proteção e defesa, em prioridade absoluta, da população de zero a dezoito anos.

O sistema jurídico brasileiro sofreu, no período democrático iniciado em 1985, a influência da Convenção Internacional da Criança, de 1989, que introduziu a doutrina da Proteção Integral ao microsistema de proteção da infância e da juventude. A Lei nº 8.069/90 inscreveu aquela doutrina em seu artigo 3º, que afirma que “*a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei*”. Com essa explícita categorização, torna-se impossível negar que, quando os sujeitos de direitos, criança e adolescente, são vítimas de abuso de qualquer das espécies expressas no artigo 98, I e II, do ECA, estão presentes os pressupostos que configuram “lide entre partes”. Portanto, nesses casos, torna-se imperativo aplicar as regras do artigo 133 da Carta Federal, que declara que “o advogado é indispensável à administração da justiça”. Sem esquecer que as regras desse artigo se correlacionam diretamente com o artigo 134, da mesma Carta Federal, e com a Lei complementar 80/2014.

Não existe, portanto, sustentação para o enfoque anacrônico consubstanciado no conceito de “menor incapaz de todo gênero, sob a tutela de ofício do Poder Judiciário”, entulho arbitrário do Código de Menores, implicitamente revogado pela Constituição de 1988.

Neste contexto, à Defensoria Pública cabe atuar com vista a sustentar efetivamente a configuração formal dos contornos constitucionais próprios do Estado Defensor, e é seu dever incontornável exigir a cooperação entre as instituições, como forma de garantir o cumprimento da lei, assegurando aos sujeitos de direitos, criança e adolescente vulnerável, representação processual própria no âmbito das lides em que se vêem envolvidos. A inclusão dos sujeitos de direitos, criança e adolescente vulneráveis, como parte processual é incontornável para o fim de concretizar a promessa constitucional de tornar o Brasil um Estado Democrático de Direito de fato. Para a realização desse fim, a intervenção da instituição guardiã dos vulneráveis representa um imprescindível instrumento de amplificação do contraditório em favor dos cidadãos mais necessitados e invisíveis da sociedade brasileira. Essa é a função da Defensoria Pública, entendida como *Custos Vulnerabilis*.

Cabe destacar que a missão de *Custos Vulnerabilis* passou a ser reconhecida e aceita pelo Judiciário de segundo grau como sendo atribuição exclusiva da Defensoria Pública, que, a partir desse reconhecimento, está legitimada para intervir em qualquer processo no qual sejam discutidos direitos fundamentais dos vulneráveis, permitindo-lhe interpor qualquer espécie de recurso, independentemente de haver ou não advogado particular constituído. A participação processual da Defensoria Pública nesses casos ocorre, portanto, não como representante da parte em juízo, mas sim em nome próprio, como protetora dos interesses dos necessitados em geral.

A finalidade da intervenção defensorial, na posição de *Custos Vulnerabilis*, assenta-se na prerrogativa de poder trazer aos autos argumentos, documentos e outras informações que reflitam o ponto de vista das pessoas vulneráveis, permitindo que o juiz, ou tribunal, tenham mais subsídios para decidir a causa.

É uma atuação para garantir que a voz dos vulneráveis, em especial de criança e adolescente vítimas, seja ouvida, no sentido de oportunizar, aos sujeitos de direitos, participação na discussão e nas decisões que definirão seu futuro. Reafirmar a abrangência do contraditório em favor dos vulneráveis, dentro da ordem jurídica tridimensional, é decorrência da vocação institucional da Defensoria Pública.

Relembramos que, desde que, em 1990, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, esta representa um norteador para a elaboração e a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso país, sendo reconhecidos, ao lado do direito à vida, os direitos à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à não discriminação, à dignidade e, não menos importante, o direito à convivência familiar e comunitária. Este último, por vezes, se vê seriamente comprometido quando os pais não conseguem oferecer, no ambiente familiar, um clima de amor e compreensão, nem exercer as responsabilidades decorrentes do poder familiar, valendo ainda lembrar que relações estáveis, protetoras, respeitadas e amorosas, dentro da família, representam importantes fatores a garantir o desenvolvimento individual de criança e adolescente, contribuindo para seu sucesso escolar, para o desenvolvimento de sua personalidade, e trabalhando a favor de descontinuar a transmissão inter geracional da pobreza cultural e material.

Nesse sentido, considerada a doutrina da Proteção Integral, contida na Convenção Internacional da Criança, de 1989, a intervenção defensorial está legitimada não somente em casos onde há vulnerabilidade econômica, mas, inclusive, quando há vulnerabilidade social, técnica, informacional e/ou jurídica, nitidamente presente no dia a dia dos sujeitos criança e adolescente, que sofrem abandono familiar, maus-tratos, discriminação de toda ordem, violência sexual, entre outros abusos. Nesse contexto, desrespeitar o devido processo legal significa inviabilizar o protagonismo emancipatório do sujeito de direitos.

4. A INTERVENÇÃO DEFENSORIAL COMO ETAPA PRIORITÁRIA NO FLUXO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ORIENTADA AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Na esteira daquilo que MAURILIO CASAS MAIA chama de “releitura democrática do processo jurisdicional” (CASAS MAIA, 2021, p. 163), e buscando avançar um passo mais na linha evolutiva dos procedimentos processuais destinados a ampliar a proteção de criança e adolescente, aqui será apresentada uma proposta de aperfeiçoamento dos mecanismos pré-processuais vigentes¹.

A proposta que se vai fazer tem a pretensão de constituir uma possível solução capaz de, preventiva e definitivamente evitar, que se corra o risco apontado por CASAS MAIA (2021, p. 160) de que resquícios de pensamento autoritário da “doutrina menorista” continuem a comprometer a imparcialidade da prática processual. Em síntese, nossa proposta se baseia na tese de que, sendo a Defensoria Pública justamente a face defensorial institucional do Estado Defensor, ela está automaticamente legitimada para intervir em nome próprio, não necessitando, portanto, de intimação judicial, inclusive considerando-se a possibilidade de, em seu próprio nome, intervir em etapas pré-processuais das lides que envolvem criança e adolescente.

Se, como defende MAURILIO CASAS MAIA (2021, p. 166), a Defensoria Pública está em “paridade de armas” com o Ministério Público, não há razão plausível para que, em

¹ No Apêndice I encontra-se uma relação mínima de artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil e do Código de Processo Civil que devem ser revistos e atualizados, para a efetivação das propostas apresentadas nesta tese.

casos que exigem urgentes medidas preventivas e de proteção, a atuação defensorial só se inicie após intimação do juiz.

A partir dos marcos teóricos originários do *Custos Vulnerabilis* acentuam-se basicamente: (1) uma nova posição processual com paridade de armas à intervenção *Custos Legis*, do Ministério Público, possuindo ambas as instituições — Ministério Público e Defensoria Pública -, intervenções constitucionais", com base constitucional para sua atuação autônoma e interventiva (...). (CASAS MAIA, 2021, p. 166).

Portanto, ao longo do fluxo de procedimentos, pré-processuais e processuais, que têm início com a identificação de uma situação que reclama intervenção preventiva e proteção de criança e adolescente, e cujo desdobramento se encerrará com uma decisão proferida em juízo, a intervenção da Defensoria Pública, autônoma e em nome próprio, na condição de *Custos Vulnerabilis*, reclama iniciar-se a partir de uma notificação prioritária, obrigatória e incontornável, a lhe ser encaminhada por qualquer uma das entidades da chamada “rede de proteção da infância e adolescência”, ou seja, por Conselhos Tutelares, Centros de Referência Especializados de Assistência Social, SOS Criança e Ministério Público. Se a defesa de criança e adolescente é prioridade absoluta, a intervenção defensorial também deve ser entendida como prioritária.

Explicitamente, um fluxo de medidas e procedimentos que se movem na direção da retirada de criança e adolescente do convívio familiar, e/ou colocação em família substituta, e/ou modificação de guarda, e/ou acolhimento institucional, todas essas são situações que implicam obrigatoriamente a instauração de procedimento contraditório, e, nesse contexto, é indispensável a presença da Defensoria Pública para evitar que os sujeitos de direitos sejam submetidos a decisões arbitrárias sem terem oportunidade de manifestar seus próprios interesses. Disso deve-se deduzir imperativamente que criança e adolescente só deveriam ser submetidos a uma decisão judicial em um contexto processual plenamente configurado em sua triangularidade constitucional, ou seja, com a presença em audiência de defensor público, de promotor de justiça e de juiz de direito.

Além do mais, se um percurso processual dessa natureza pode ser iniciado pelo Ministério Público (nos termos do que dispõe o artigo 101, § 2º, do ECA, consideradas as alterações promovidas pela Lei nº 12.010/09), não se justifica que não possa ser iniciado

também por solicitação da Defensoria Pública. A possibilidade de que seja, depreende-se da “oitiva obrigatória” imposta pelo artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 100 (...) Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (...)

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, 2º, e 5º, do art. 28 desta Lei. (ECA)

Enfim, argumentando em favor de o Estado brasileiro configurar-se plena e urgentemente como “Estado defensor”, empenhado na construção de um progresso democrático-jurisdicional abrangente, que incorpore no curso processual as prementes demandas dos grupos humanos mais vulneráveis, em nosso sempre cambiante cenário jurídico-político, vale citar dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu artigo 8º, garante que toda pessoa, durante o andamento do processo em que é parte tem o direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistida por um defensor de sua escolha ou caso não o faça, por um defensor indicado pelo Estado.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, em seu artigo 12, a toda criança e adolescente capaz, garante o direito de expressarem suas opiniões, de forma livre, sobre todos os assuntos que digam respeito a sua pessoa, e de serem ouvidos em todos os processos judiciais ou administrativos que tratem sobre fatos de seu interesse, seja diretamente, seja através de um representante nomeado ou de um órgão apropriado, de acordo com as regras processuais de seu país. Referidas normas fazem parte de uma evolução no direito internacional da infância e juventude, que tem como ponto central a doutrina da proteção integral, que introduziu uma visão sobre a criança e o adolescente, que deixam de ser percebidos como objeto e passam a ser tratados como sujeitos de direitos.

De tudo que foi dito até aqui, reafirmamos que, de acordo com as previsões normativas do direito nacional e do direito internacional respaldado pelo Brasil, o órgão apropriado para assistir, proteger e defender a criança e adolescente vulnerável no Brasil é a

Defensoria Pública. E lembramos que, nesse cenário normativo, sendo prioridade absoluta a defesa de criança e adolescente, a intervenção defensorial também deve ser imperiosamente entendida como prioritária.

5. CONCLUSÃO

Para além de se esperar que a compreensão de juízes e promotores de justiça deixe de estar comprometida por uma visão processual que remonta a períodos históricos anteriores à Constituição de 1988, deve-se considerar a possibilidade de, por iniciativa da própria Defensoria Pública, e, nos moldes acima propostos, proceder-se a uma revisão dos procedimentos administrativos no inteiro fluxo da prestação jurisdicional. O reposicionamento de uma Defensoria Pública, autônoma em sua função institucional de *Custos Vulnerabilis*, que deve estar presente desde as etapas iniciais do percurso processual, sem esperar por intimação pelo órgão julgador, em paridade com o Ministério Público, reforçaria sobremaneira as garantias de proteção a esses sujeitos de direitos. Entendemos que a autonomia interventiva da Defensoria Pública, no âmbito do microsistema de defesa da criança e do adolescente, desde o início do percurso processual, por si só já atenderia à exigência normativa de sua presença obrigatória em momentos cruciais nos quais vidas e destinos de criança e adolescente são construídos.

Nas palavras de BOBBIO (1992):

Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Entendida como verdadeira essa afirmação conclui-se que, no Brasil, os sujeitos de direitos, criança e adolescente, ainda precisam ver reconhecidos alguns de seus direitos mais fundamentais.

Considerando princípios da Hermenêutica Jurídica, esta tese pretendeu contribuir para a construção de uma perspectiva emancipatória na defesa do melhor interesse de criança e adolescente, visando beneficiar esses sujeitos de direitos, destinatários prioritários da proteção e defesa oferecida pela Defensoria Pública, a quem cabe buscar o fim de sofrimentos impostos por decisões que desprezam a capacidade de cada sujeito escolher .

Imprescindível sanar o quanto antes essa lacuna, instaurando definitivamente nas varas da infância e juventude no setor civil, o devido processo legal de natureza triangular que exige a presença da Defensoria Pública, ao lado do Juiz e do Ministério Público. É incontornável exigir o respeito às demarcações constitucionais do “Estado Defensor”.

As proposições aqui apresentadas demandam, ainda, divulgação e debate continuados, envolvendo defensoras e defensores públicos de todo o Brasil, instituições do sistema de justiça, órgãos do Poder Legislativo, profissionais de diversos saberes, famílias, sociedade em geral, todos responsáveis por assegurar vida com dignidade aos sujeitos de direitos, criança e adolescente, pessoas em condição peculiar em desenvolvimento.

Para serem alcançados, esses objetivos exigem, além da cooperação de cada instituição do sistema de justiça do Estado Democrático de Direito, a ressignificação do desafio de reverter o retrocesso decorrente da ausência da Defensoria Pública em atos administrativos, a fim de beneficiarem-se os sujeitos de direitos, criança e adolescente, e para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Por fim vale considerar o ponto de vista expresso pelo psicanalista JORGE BROIDE, professor da Faculdade de Psicologia da PUC de São Paulo:

É preciso remover o manto da invisibilidade que cobre esses jovens na família, na escola, na rua, na Defensoria Pública e no judiciário e permitir que possam falar de suas vidas a fim de que exista alguma perspectiva de mudança na sua condição. A apatia de uma criança e adolescente vulnerável existe com frequência a impossibilidade de ser visto e ouvido. (Entrevista publicada no jornal Zero Hora, Cultura, dia 1º de outubro de 2011, fl. 06.)

Referências da tese

Convenção Internacional dos Direitos da Criança, 1989. UNICEF - Brasil. <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 12 jun. 2022.

Declaração Universal dos Direitos das Crianças – UNICEF. 20 nov. 1959. https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf Acesso em 12 jun. 2022.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre a substituição processual**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 18, n. 122, p. 15-41, mar. 1994. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/16640>. Acesso em: 19 jun. 2022.

Edição histórica da Constituição da República Federativa do Brasil. Orgs.: KETTERMANN, Patrícia; PEDROSO, Stéfano. Brasília: ANADEP, 2015.

Estatuto da criança e do adolescente, Lei 8.069/90, e Legislação pertinente. Porto Alegre: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2015, pp. 15-98.

Código Civil - Lei 10.406 de 2002. In: Estatuto da criança e do adolescente, Lei 8.069/90, e Legislação pertinente. Porto Alegre: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2015, pp. 163-181.

Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 1973. In: Vade Mecum. Col.: CÉSPEDES, Lúvia; ROCHA, Fabiana Dias da. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 367-492.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed Campus, 1992, 8ª Edição.

CASAS MAIA, Maurílio. **A Defensoria Pública enquanto *Custos Vulnerabilis* (DPCV) e defensor público integral da criança (DPIC): cooperação interinstitucional em tempos de pandemia (ou não) — primeiras reflexões**. In: Temas atuais de direitos da criança e do adolescente. SANTOS JUNIOR, Abdoral Cardoso...[et al.]; VITAL DA SILVA, Anderson Lincoln; PINHEIRO, Maria Lenir Rodrigues; CASAS MAIA, Maurílio (Org.). SENA, Thandra Pessoa de (Coord.). - 1.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. **A natureza e o conceito de direito**. Paraná: Atena Editora. 2019. *E-book* disponível no site da editora.

GRANDUQUE JOSÉ, Caio Jesus. **Reinventar o acesso à justiça em tempos de transição paradigmática: notas sobre o papel da Defensoria Pública de São Paulo e dos novos movimentos sociais na descolonização da justiça no Brasil**. In: O Direito Alternativo, v.2, n.1, pp. 64-85, junho de 2013.

MAGNO, Patrícia. **Em busca do potencial institucional emancipatório da Defensoria Pública: reflexões e proposições sobre o desafio de construção de marcadores institucionais para incremento da tridimensionalidade do acesso à justiça**, pp. 43-52. In: Livro de teses e práticas exitosas: XIV Congresso Nacional dos Defensores Públicos. ANADEP: Rio de Janeiro, 2019. Disponível em https://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO_TESAS_E_PRATICAS_XIV_CONADEP_TESAS_1.pdf. Acesso em 14 jun. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

Pacto nacional pela implementação da lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/7125/&>. Acesso em 12 jun. 2022.

SARTRE. Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**, pp. 7-38. In: Col. Os pensadores, v. 45. São Paulo: Abril S/A, 1973.

ANEXO I

RELAÇÃO DE ARTIGOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, LEI Nº 8.069/90, DO CÓDIGO CIVIL E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE PRECISAM SER REVISTOS E ATUALIZADOS NO SENTIDO DE SE EFETIVAREM AS PROPOSTAS APRESENTADAS NO ÂMBITO DESTA TESE

ARTIGOS E TEMAS RELACIONADOS:

Ausência da Defensoria Pública na Legislação que trata de criança e adolescente, vulnerável (vítima):

Lei nº 8.069/90; CC artigos 1692,1747 e 1747,I; CPC artigos 8º e 9º;

Rever as atribuições do Conselho Tutelar

ECA: Artigo 136, incisos I, II e V, e seu parágrafo único (o Conselho Tutelar está autorizado a aplicar medidas que afetam os infantes e seus pais, sem comunicar a Defensoria Pública, mas tão somente ao Ministério Público.)

ECA: Artigo 105 (quando a criança pratica ato infracional, o Conselho Tutelar está autorizado a aplicar medidas referidas no artigo 11, inciso VII, e parágrafo 1º sem notificar a Defensoria Pública).

Rever as atribuições do Juiz

ECA, artigo 142, parágrafo único (desconhece a atribuição da Defensoria Pública para proteção e defesa de menores de 16 anos e menores de 18 anos e nomeação de curador especial).

ECA, artigo 148, parágrafo único, letra f, (novamente o juiz nomeia curador especial ao invés de intimar a Defensoria Pública).

ECA, artigo 101, parágrafos 1º e 2º (o juiz poderá determinar várias medidas sem a participação da Defensoria Pública. As medidas previstas nos parágrafos primeiro e segundo são muito graves, pois garante o contraditório dos pais e nega defensor para a vítima).

Rever a aplicação de medidas arbitrárias de proteção, sem intimação da Defensoria Pública - casos específicos

ECA, artigo 98, incisos I e II (quando os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: **inciso I:** por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; **inciso II:** por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável).

ECA, artigo 99 (as medidas do artigo 98 podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo – sem a presença e participação da Defensoria Pública).

ECA, artigo 100, parágrafo único, incisos II; X; XI; XII (oitiva obrigatória, desacompanhada da Defensoria Pública).