

A BUSCA E APREENSÃO NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE ¹

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça/MG

Síntese dogmática

O princípio constitucional da *prioridade absoluta* ou do “melhor interesse da criança”² (art. 227 da CF³) propicia que certas medidas protetivas no âmbito da infância e da juventude possam ser tomadas legitimamente fora dos paradigmas ortodoxos de atuação da autoridade judiciária e mesmo da autoridade administrativa (cf., p. ex., art. 136, I, c/c o art. 101, VII, e art. 153 do ECA⁴).

Introdução

A discussão levantada na presente tese girará, basicamente, em torno da aplicação do art. 153⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990 –, o qual assegura certa margem de liberdade na atuação do magistrado, nas hipóteses em que expressamente o legislador não tenha exigido o estabelecimento de procedimento próprio e/ou contraditório, cuja norma se assemelha em muito àquela do art. 1.109⁶, c/c o art. 1.111⁷ do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 11/01/1973.

Fundamentação

É muito comum, na seara da infância e da juventude, o recebimento de denúncias graves consubstanciadas em notícias anônimas, além do endereçamento ao Juízo de representações do Conselho Tutelar, envolvendo atos de maus-tratos contra crianças e adolescentes por parte de membros da família, ressaltando-se espancamentos, abusos sexuais ou a privação dos cuidados necessários.

Naqueles municípios onde haja Conselho Tutelar em funcionamento, geralmente o referido órgão é instado a agir, quer por populares, quer por familiares da vítima, de sorte que, conforme a situação concreta, o referido órgão costuma proceder diretamente ao abrigo de tal vítima, podendo ainda, eventualmente, entregá-la a alguém da família, sob termo de responsabilidade: tudo de acordo com o disposto no art. 136, I, c/c o art. 101, I e VII, da Lei n. 8.069/90.

¹ Esta tese foi aprovada em congresso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no ano de 2007.

² A expressão “melhor interesse da criança”, segundo vários autores, provém da legislação internacional, estando associada, ademais, à doutrina da proteção integral.

³ CF – Abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

⁴ ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990.

⁵ Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

⁶ Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

⁷ Art. 1.111. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

É curioso notar que esse mesmo art. 101⁸, ao especificar e vincular as *medidas específicas de proteção* às hipóteses do art. 98, dentre as quais, aquela relativa à ameaça ou à violação de direitos legalmente reconhecidos à criança e ao adolescente, “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”, deixou implícito, ao mesmo tempo, que as medidas de natureza administrativa e que não modificarem o “status quo ante” de maneira *irremediável*, poderão ser aplicadas sem maiores formalidades por outra autoridade que não seja a judiciária, mais especificamente por membros do Conselho Tutelar.

Não é sem razão, portanto, que o legislador tenha usado no citado art. 101 a expressão “autoridade competente”, de forma a englobar nesta locução os conselheiros tutelares, devendo os mesmos serem compreendidos como “autoridade administrativa” com a missão institucional de agir direta e prontamente na proteção integral de crianças e de adolescentes cujos direitos estejam sendo violados ou ameaçados por quem quer que seja, ressalvados, obviamente, os casos de competência exclusiva da autoridade judiciária.

Tem-se como exemplo de competência exclusiva da autoridade judiciária a colocação em família substituta (art. 101, VIII, do ECA), porquanto aqui poderá haver a modificação irremediável do “status quo ante”, vale dizer, inexistirá remédio jurídico para o restabelecimento da situação anterior. É o caso da adoção – uma das formas de colocação em família substituta –, a qual, segundo o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez deferida, se tornará irrevogável.

Então, a medida em causa (adoção) somente poderá ser tomada em sede de procedimento específico, em que sejam observadas fórmulas sacramentais, com destaque para a exigência de petição inicial, iniciativa de quem possua legítimo interesse, contraditório, ampla defesa e decisão proferida pela autoridade judiciária competente.

De fato, em se tratando de *medidas específicas de proteção*, os arts. 24 e 169 da Lei n. 8.069 restringem a exigibilidade do procedimento contraditório à colocação em família substituta, excluindo, tacitamente, a guarda, enquanto medida excepcional, deferida fora dos casos de adoção e de tutela.

É que tal espécie de guarda, de natureza transitória e, segundo a lei, “para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável” (art. 33, § 2º, do ECA), mantém similitude com a situação prevista no art. 101, incisos I e VII, do ECA, em que, neste último caso, outra pessoa, por iniciativa do Conselho Tutelar, se encarregará transitoriamente de velar pela proteção da vítima, criança ou adolescente.

Com efeito, inexistirá aí a obrigatoriedade da observância do contraditório e da ampla defesa, assim como ocorre nos procedimentos em geral de competência do Conselho Tutelar. Sem contar que o art. 35 do Estatuto prescreve expressamente que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público⁹.

Por conseguinte, não será criada uma situação imutável para os pais ou responsável, o que fez com que o legislador tenha dispensado tacitamente o procedimento contraditório na espécie, exigindo-o apenas e de forma expressa, conforme afirmado alhures, em relação à ação de suspensão ou de perda do poder familiar, e bem assim quando se tratar de apuração de irregularidades em entidades de atendimento (arts. 191 a 193) e apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 194 a 197).

Daí, pois, falar o legislador em “autoridade competente” (art. 101 do ECA), que tanto pode ser administrativa quanto judiciária, a depender das circunstâncias de cada momento. E mais, a regra de fixação de competência territorial de uma autoridade e outra está positivada no art. 147 da Lei n. 8.069/90.

Enfim, o Conselho Tutelar pode, legitimamente, retirar dos pais ou responsável crianças e adolescentes vítimas de sérios maus-tratos e encaminhá-los a abrigo, não exigindo o legislador, para isso, procedimento específico, tampouco a observância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de ser inviabilizada a atuação eficaz do órgão.

A mesma lógica acima citada há de ser utilizada em relação ao juiz da infância e da juventude, consistente na possibilidade de ser determinada a busca e apreensão nos autos de *procedimento verificatório*, nos autos de *medida de providência* ou nos autos de *sindicância judicial*, cuja medida, via de regra, tem por objetivo o abrigamento de vítimas de maus-tratos, até que seja apurada a possibilidade de seu retorno ao convívio com os pais ou responsável.

⁸ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

⁹ A referida exigência legal se justifica pelo fato de que a modificação da medida deverá levar em conta o interesse superior da criança ou do adolescente, jamais o interesse do guardião ou dos pais.

Note-se que o magistrado poderá ainda, nos mesmos autos, deferir a guarda de que cuida o art. 33, § 2º, do ECA, com vistas, portanto, a evitar o dano maior, ou seja, a institucionalização do paciente dos maus-tratos, até que ele possa retornar ao seu lar.

Vê-se, assim, que, em princípio, a medida (busca e apreensão) terá caráter essencialmente transitório (art. 101, parágrafo único, do ECA), mesmo porque, do contrário, deverá ser proposta a ação de perda do poder familiar, conforme o caso, dando ensejo ao contraditório e à ampla defesa.

A propósito, como se sabe, é freqüente na prática e, especialmente por força de lei (art. 19 da Lei n. 8.069/90), que a criança ou adolescente submetidos à busca e apreensão sejam devolvidos à família de origem, tão logo haja a constatação da possibilidade de seu retorno ao lar, não sem antes da realização de estudos pelas equipes técnicas do Juizado.

Por outro lado, a busca e apreensão poderá estar fundamentada nas disposições dos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei n. 8.069/90. Isto porque não se determina a medida sem que esteja devidamente evidenciada a ocorrência de situações deveras graves, configuradoras, em tese e paralelamente, de infrações penais. Então, cuidando-se de situação configuradora de ameaça ou de lesão a direitos de criança ou de adolescente, colocando-os na condição de pacientes de delitos, o ato em questão (busca e apreensão) passa a ser da competência do Juízo da Infância e da Juventude, por força do disposto no art. 148, IV, do Estatuto, subsidiariamente.

Não bastasse isso, o art. 153 da Lei n. 8.069/90, de forma taxativa, outorga amplos poderes à autoridade judiciária, para, ouvido o Ministério Público, investigar diretamente os fatos e adotar as providências pertinentes, dentre elas – diga-se de passagem –, a busca e apreensão, se necessária, senão vejamos:

Ementa:

MEDIDA DE PROVIDÊNCIA - MENOR - BUSCA E APREENSÃO - PROCEDIMENTO RESPALDADO NO ART. 153 DO ECA - AUSÊNCIA DE PERDA DO PÁTRIO PODER - MEDIDA DE PROTEÇÃO - DECISÃO MANTIDA. Poderá ser adotado pelo Juiz da Infância e Adolescência, ouvido o Ministério Público, o procedimento que lhe parecer mais adequado, não estando sujeito ao princípio dispositivo, respaldado pelo art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Admite-se iniciativa do magistrado de instaurar procedimento e investigar os fatos, culminado na busca e apreensão e medida de abrigo dos menores em instituições especializadas, sem que haja perda do pátrio poder. Recurso a que se nega provimento. AGRAVO N. 000.253.875-9/00.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Comarca: BELO HORIZONTE

Agravante: DALVA LEVI CRUZ – Agravado: (S) JD DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO.

Acórdão:

(SEGREGO DE JUSTIÇA) Vistos etc., acorda, em Turma, a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO. Belo Horizonte, 08 de agosto de 2002. DES. KILDARE CARVALHO - Relator

Fonte “on-line”: <http://www.ijur.com.br/x.int/netserver/frmDocumento> [Tribunal de Justiça de Minas Gerais – 08/08/2002 (base TJMG – Inteiro Teor)] – Acesso em 13/03/2007.

Enfim, o princípio constitucional da *prioridade absoluta*¹⁰ propicia que certas medidas protetivas no âmbito da infância e da juventude possam ser tomadas legitimamente fora dos paradigmas ortodoxos de atuação da autoridade judiciária e mesmo da autoridade administrativa¹¹.

Conclusão

Na seara da infância e da juventude, a busca e apreensão de crianças e de adolescentes cujos direitos legalmente reconhecidos estejam sendo ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, poderá

¹⁰ Art. 227 [Constituição da República Federativa do Brasil]. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹ Vide, a propósito, decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estabelecendo que, apesar da separação clássica das funções estatais, o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo que assegure o atendimento em creche, em número suficiente à demanda.

ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, nos autos de *procedimento verificatório*, nos autos de *medida de providência* ou nos autos de *sindicância judicial*, sem que para isso sejam necessárias a existência nos autos de petição inicial, bem como a instauração de relação processual (art. 153 do ECA, c/c o art. 227, “caput”, da CF, dentre outros dispositivos legais). De qualquer modo, é indispensável que, posteriormente, o(s) requerido(s) tenha(m) assegurado o contraditório e a ampla defesa, especialmente no curso na ação de perda do poder familiar, por exemplo.

Uberlândia, 27 de dezembro de 2006

Anexo

NOTAS TAQUIGRÁFICAS [do acórdão referido nesta tese]

OSR. DES. KILDARE CARVALHO

Voto:

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por DALVA LEVI CRUZ contra decisão proferida pela MMª Juíza da Vara da Infância e Juventude de Belo Horizonte que, no procedimento verificatório ou medida de providência, determinou-se a busca e apreensão dos menores Charles Alves da Cruz e Davi Alves da Cruz, sobrinho e filho da agravante, que foram levados a instituições especializadas. Insurge-se a agravante contra a decisão, alegando que o procedimento foi iniciado através de denúncia anônima, sem petição inicial, não tendo sido instaurada a relação jurídico-processual. Aduz, ainda, que não há citação, não há contraditório e ampla defesa, requerendo assim a nulidade dos atos praticados. Por fim, menciona que a medida adequada seria a ação de suspensão do pátrio poder. Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão. O procedimento de pedido de providência foi instaurado em razão de denúncia de que o menor Charles Alves da Cruz estava sendo utilizado por sua genitora, irmã da agravante, para a prática da mendicância na cidade de Belo Horizonte, sendo o mesmo abrigado em instituição nesta cidade. Realizado estudo social juntamente com a família do menor, apurou-se a deficiência mental dos adultos, a péssima condição de higiene na residência, sendo determinado também a medida de abrigo de outro menor, filho da agravante. Primeiramente, não vejo qualquer irregularidade no procedimento adotado. A MM. Juíza, na decisão combatida, menciona o respaldo do art. 153 da Lei 8069/90, que dispõe: “Art. 153 - Se a medida judicial a ser adotada não corresponde a procedimento previsto nesta ou em outra Lei, a autoridade judicial poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público”. Comentando o referido artigo, leciona Kazuo Watanabe: “À inexistência de procedimento específico, a regra não é a da aplicação subsidiária do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Poderá ser adotado pelo juiz, ouvido o Ministério Público, o procedimento que lhe parecer mais adequado. Por outro lado, não está ele sujeito ao princípio dispositivo na instrução da causa, não tendo aplicação estrita, no regime do Estatuto, o princípio da iniciativa das partes em matéria de prova (“*judex secundum allegata et probata patium judicare debet*”). Cabe ao magistrado adotar a iniciativa para “investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias”, como é explícito o dispositivo comentado, o que bem revela que o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel mais ativo no processo. Isso conduz, por outro lado, à atenuação do formalismo processual”. (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, coord. Munir Cury, 3ª edição, Ed. Malheiros, p. 482). Destarte, o procedimento instaurado pela MMª Juíza encontra-se respaldado no acima transcrito, e a medida adotada, de abrigo dos menores, foi tomada tendo em vista tudo o que foi apurado pelo estudo social junto à família deles e os relatórios que atestam a necessidade de que fossem mantidos em instituições especializadas. Ainda, ressalte-se que não se trata de medida que implica em perda do pátrio poder ou mesmo suspensão deste, visto tratar-se de medida de cunho transitório, visando o bem estar e proteção dos menores. Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Sem custas. OSR. DES. ISALINO LISBÔA: VOTO De acordo. O SR. DES. SCHALCHER VENTURA: VOTO De acordo. SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO.

Data do Documento: Belo Horizonte, 08/08/2002.

Fonte “on-line”: <http://www.ijur.com.br/x.int/netserver/frmDocumento> [Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 08/08/2002 (base TJMG - Inteiro Teor) - Acesso em 13/03/2007].