

O Ministério Público na defesa do adolescente e da criança.

André Luís Alves de Melo
Promotor de Justiça em Estrela do Sul

A Constituição Federal trouxe um novo perfil ao Ministério Público, mas ainda é não é aplicado efetivamente.

Na área da Infância e juventude infelizmente ainda temos uma atividade mais voltada para a repressão a atos infracionais, ou quando muito, para solução de casos familiares de desajuste já reinante. E este último comportamento já é um avanço e nem é praticado por muitos.

Apesar de a doutrina afirmar que a finalidade do ECA é meramente protetiva, a própria lei associa os atos infracionais ao tipo penal.

Muitas questões que poderiam ser resolvidas extrajudicialmente, são encaminhadas ao Judiciário sem necessidade. Outras vezes a própria lei o exige, como em guardas consensuais.

Também é muito raro o ajuizamento de ações coletivas na defesa da criança e adolescente. Em algumas Comarcas por onde passei, percebi que os Estagiários estavam ‘treinados’ para gritar e dar broncas nos adolescentes durante as audiências ministeriais, e isto provavelmente foi aprendido com os Promotores que os orientaram.

Um grande fator dificultador é o entendimento tácito dos Tribunais de que Vara da Infância e Juventude deve ser em conjunto com varas criminais, onde não há Vara específica. E o pior, é que este entendimento é seguido por muitos Ministérios Públicos. Assim, de forma inusitada, há diversos procedimentos de rito cível, inclusive de adoção, tramitando em varas criminais.

O sistema judicial está abarrotado de pedidos desnecessários, e que muitas vezes tumultuam o andamento das ações, como os fatídicos pedidos de “alvarás”, mesmo quando a lei não exige este requisito. E ainda que exija poder-se-ia questionar do ponto de vista da constitucionalidade, pois não é atribuição do Judiciário, pois a atividade jurisdicional deve ser restrita a conflitos entre partes.

Quando se emite alvarás para festa juvenis é de se esperar que o local foi inspecionado previamente, o que inócorre na quase totalidade dos casos. Em rigor, deveria apenas comunicar ao Judiciário e este até poderia também comunicar ao Conselho Tutelar e Ministério Público, bem como Polícia, para fiscalizarem no momento do evento, se entenderem que é o caso. Mas não expedir alvarás sem fiscalização prévia ou concomitante.

O Estatuto da Criança e Adolescente foi resultado de muita luta durante o processo legislativo, e tentativa de rompimento dos interesses de juízes menoristas, os quais à época, que não admitiam perda de poder. Em razão disso, foram feitas algumas alterações que não se adequam muito à lógica sistêmica, como exigir uma espécie de processo judicial para aplicar sanções administrativas.

Ou ainda, estabelecer que o Judiciário possa criar regras gerais, fiscalizar a sua aplicação e depois julgar o ato, em um evidente procedimento inquisitório, pois o magistrado é a parte mais interessada no cumprimento das normas que elaborou sem nenhuma limite legal.

Soma-se ainda a expedição de autorizações judiciais para viajar. Neste caso, é preciso ressaltar que a lei não exige a representação por advogado.

É de observar que pelo art. 95 o próprio Judiciário pode fiscalizar as entidades previstas no art. 90, e logo, pode julgar as mesmas, o que é um processo inquisitório.

De forma ainda mais estranha, o art. 262 do ECA afirma que enquanto não for criado o Conselho Tutelar na Cidade, a função deste será exercida pelo Juiz de Menores, o que viola toda e qualquer lógica do contraditório assegurado constitucionalmente.

Afinal, em suma, função jurisdicional não é fiscalizatória, mas sim resolver conflitos. E se fiscaliza, passa a ser parte, ou seja, parcial.

Paulo Lúcio Nogueira, in Estatuto da Criança e Adolescente Comentado, 4ª edição, p. 248, entende que o Estatuto procurou dar realce à figura do Juiz, pois é o sujeito proeminente na relação processual. É de ressaltar que há duas questões a serem observadas, primeiro que muitas das funções atribuídas ao magistrado seriam extrajudiciais e por isto inconstitucionais, pois não são processuais. E a questão da figura de proeminência é uma questão cultural, e que quando o processo era mais ligado às partes, como estimulando os acordos, os feitos eram mais rápidos. Esta tendência está voltando.

Em suma, esta suposta atividade administrativa do magistrado estaria em tese revestida de função jurisdicional, pois utiliza o mesmo sistema recursal e pode fazer coisa julgada material. Ou seja, se alguém descumprir alguma norma de natureza administrativa, seria processado com o mesmo rigor do processo judicial tradicional, mas tendo um Judiciário parcial, o que viola o princípio do contraditório.

Ademais, com relação à multa fixada por descumprir normas administrativas do ECA, é fato que aquele título seria judicial e gerado com base em fiscalização judicial, bem como “norma judicial” e com o título executado pelo próprio judiciário. É fato que a rigor, a lei não estabelece como se daria esta execução, mas pode até se defender que seja de ofício.

Desta forma é de se concluir pela inconstitucionalidade do art. 149 do ECA ao atribuir ao Judiciário função legislativa, ou no mínimo regulamentadora autônoma, pois refoge de sua função clássica e ainda torna o magistrado parcial e inquisidor, pois de ofício e sem limites pode fixar normas gerais.

E pior ainda, há julgados corporativistas que entendem que quem descumprir portarias judiciais comete crime de desobediência. (RT 427:426; 412:280) Ora, então quem descumprir a lei e os decretos também cometem crime de desobediência ??

Isto é típico da ditadura militar, sendo que algumas portarias judiciais são verdadeiros Ato Institucionais (AI-5).

E para agravar ainda mais, o Judiciário entende que o voluntário credenciado, bem como os servidores efetivos, previstos no art. 194, caput, são indicados pelo próprio órgão julgador e têm o poder de elaborar autos de infração genéricos e encaminhar à quem os indicou para aplicar penalidades, e que podem ter caráter jurisdicional, sentença (art. 197, parágrafo único). Isto é um atentado ao princípio do contraditório, o qual é inerente à imparcialidade judicial.

Alguns magistrados chegam a fixar normas de ocupação do solo e até invadir a atribuição dos pais, pois a norma do art. 149 no inciso I exige que seja apenas para desacompanhados dos pais.

Uma questão que observei também é que algumas Comarcas não vem sendo aplicado corretamente o art. 186, §2º do ECA, o qual prevê audiência em continuação (instrução) apenas para fatos graves que sejam passíveis de internação ou colocação em regime de semi-liberdade. Nestas Varas e Promotorias estaria fazendo audiências de instrução em fatos menos graves como furtos e com adolescente confesso e apreendido em flagrante.

Outra coisa muito simples e que facilitaria muito a agilização do procedimento administrativo seria requerer uma audiência de conciliação antes da contestação, dessa forma seria citado para audiência preliminar e se não comparecer é que a partir da data da mesma é que começaria a correr o prazo para resposta. Aliás, é muito burocrático que esta pena administrativa não possa ser feita na própria promotoria, pois é órgão estatal de atividade típica estatal e pode ter poder de polícia.

Causa estranheza que o próprio Conselho Tutelar possa aplicar penalidades, conforme art. 136, I e II, do ECA, sem procedimento judicial, enquanto o Ministério Público não.

É fato que a OAB pressiona para que haja processos tramitando pelo Judiciário, ainda que de natureza não judicial, pois faz aumentar o mercado jurídico clássico.

Um aspecto de omissão ministerial vem sendo observado no dever de propor a ação para destituição de pátrio poder. Esta não pode ser comodamente delegada aos pretendentes à adoção. Os adotandos já devem estar prontos quando os interessados aparecerem, estes não podem sofrer o desgaste de ajuizar em desfavor dos pais biológicos e que se arrastará por anos. Portanto, deve o Ministério Público verificar quais as crianças e adolescentes estão abandonados pelos pais biológicos ou sem situação de risco e ajuizar a ação para destituição de pátrio poder. Vejamos bem, a ação de destituição de pátrio poder (poder familiar atualmente) não retira o nome dos pais biológicos da certidão de nascimento, isto somente acontecerá quando ocorrer a adoção.

É preciso combater também as exigências absurdas feitas por alguns magistrados, principalmente para a inscrição no cadastro de pretendentes, principalmente acerca de autenticação de documentos, renda e exames médicos, pois estes se forem necessários, somente o serão no momento que aparecer um candidato à adoção.

Verifica-se aparentemente uma má vontade do Tribunal em fazer um cadastro estadual de crianças e adolescentes, bem como de pretendentes à adoção, inclusive usando a internet, mas preservando os nomes, colocando apenas as iniciais e as Comarcas onde estão, bem como alguns dados gerais. Pois isto é extremamente simples, basta criar um link constando as crianças e adolescentes, com iniciais, por Comarca, data de nascimento, sexo e cor. E em outro link haveria um banco com pretendentes inscrito por Comarca, com preferências e também por iniciais. Da forma atual, é preciso fazer uma inscrição em cada Comarca e o pior ao bel prazer das exigências documentais apresentadas por cada magistrado.

Uma questão muito prática é observar que a guarda excepcional prevista no art. 33, §2º, do ECA não exige a citação dos pais biológicos, como se vem exigindo, pois a guarda não faz coisa julgada e pode ser revista a qualquer momento. Logo, pode-se deferir em um procedimento de jurisdição voluntária e se os pais biológicos em algum momento sentirem-se prejudicados podem pedir a revisão, isto evita um longo processo de citação. Ademais, a guarda pode ser compartilhada entre várias pessoas, uma não exclui a outra. Esta medida simples agiliza o processo e sem prejuízo para as partes.

No campo da guarda o que deve ser analisado é se não está havendo fraude à previdência, quando se concede guardas de direito que não condizem com a realidade fática, principalmente em casos de parentes, como tios e avós, cujo objetivo é unicamente perpetuar o pagamento de pensões por morte, pois a guarda prevista no ECA é a única que concede efeitos previdenciários.

Apesar de estar previsto no ECA que a guarda concede efeitos previdenciários, nada impede que esta guarda seja concedida com exclusão do efeito previdenciário, pois é *conditio sine qua non*, mas apenas um efeito e pode não ser concedido na sentença.

Outro ponto de descumprimento do direito do cidadão também é que fizeram lei morta do art. 166 do ECA, o qual permite que se os pais biológicos forem falecidos, destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente, poderão fazer o pedido no próprio balcão em petição formulada pelos próprios requerentes. Este direito de petição está previsto até no art. 5º, XXXIV, da CF, mas o corporativismo da classe jurídica tem feito letra morta deste direito.

Conclusões:

- A) O Promotor da Infância e Juventude deve priorizar uma atividade preventiva e coletiva, tanto judicial como extrajudicialmente.
- B) Deve-se estabelecer como condição a exigência de que a área da infância e Juventude fique na seara cível, onde não for um ramo separado.
- C) É preciso caminhar no sentido de um Ministério Público deliberativo e com poder de polícia com atribuições administrativas de fiscalização e aplicação de penalidades no ECA, bem como possibilidade de homologação de acordos, como guardas consensuais.
- D) O art. 149 do ECA é inconstitucional ao atribuir *concomitantemente* ao Judiciário uma atividade legiferante, fiscalizatória, regulatória e executiva.
- E) Todo Promotor da Infância e Juventude deve fiscalizar as portarias judiciais da Vara da Infância e Juventude, propondo medidas saneadoras ou tomando medidas judiciais em caso de resistência do magistrado
- F) A indicação dos servidores efetivos e voluntários credenciados é atribuição do Conselho Tutelar ou do Ministério Público.
- G) Fere o princípio do contraditório a aplicação de penalidade cujo procedimento iniciou por auto de infração lavrado por pessoa indicada pelo próprio judiciário. A rigor, poder de polícia não pode ser delegado para particulares.
- H) A guarda provisória pode ser deferida sem citar os pais biológicos, os quais poderão a qualquer momento solicitar a revisão do julgado.
- I) Deve o Promotor verificar previamente se é o caso de destituição de poder familiar facilitando a futura adoção.

- J) É necessário criar um cadastro estadual de adotantes e adotandos, com dados genéricos na internet, para pesquisa.
- K) O art. 166 do ECA confirma ao cidadão o direito de se dirigir diretamente ao Judiciário.
- L) Somente há audiência em continuação, instrução, para fatos graves.
- M) Descumprir portarias judiciais genéricas não é crime de desobediência, pois não é uma ordem direta e atual.
- N) Nos procedimentos por infração administrativa é possível estabelecer Termos de Ajustamento de Conduta, e na fase judicial, também é possível requerer audiência preliminar antes de se apresentar a contestação.
- O) É inconstitucional a função fiscalizatória do Judiciário prevista no art. 95 do ECA, principalmente por aplicar as penalidades do art. 97 em sede procedimento com sentença.
- P) A guarda prevista no ECA pode ser concedida parcialmente, ou seja, sem os efeitos previdenciários, desde que haja justificável motivo.