

4.3 A busca e apreensão no âmbito da infância e da juventude

Introdução

No presente trabalho, procurar-se-á compatibilizar a exigência constitucional do contraditório e da ampla defesa com a regra estatutária infraconstitucional, por meio da qual se admite, em parte e excepcionalmente, a quebra de tal garantia, dada à natureza peculiar (protetiva, mas essencialmente transitória) e à urgência imanente a essa espécie de busca e apreensão, aliado à sobrelevação do interesse superior da criança e do adolescente que ela visa a resguardar de pronto. Isso será feito com o objetivo de concretizar o princípio constitucional da “prioridade absoluta”.

Justificação

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.

Nos 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 abrigamento 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 nº 8.069/90.

É curioso notar que esse mesmo art. 101¹, ao especificar e vincular as *medidas específicas de proteção* às hipóteses do

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça da Infância e da Juventude de Uberlândia-MG.

art. 98, entre 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 nessa locução os conselheiros tutelares, devendo eles 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, ressaltados, obviamente, os casos de competência exclusiva da autoridade judiciária. Cite-se a esse propósito a colocação em família substituta (art. 101, VIII, do ECA²), 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 prote-*

ção, os arts. 24 e 169 da Lei nº 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 Público³.

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).

Dai, 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 nº 8.069/90.

Enfim, podendo o Conselho Tutelar, 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, é forçoso concluir que, por idêntica lógica, o juiz da infância e da juventude está autorizado a determinar 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. 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 nº 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 funda-

mentada 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 nº 8.069/90. Isso 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 nº 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, entre elas – diga-se de passagem –, a busca e apreensão, se necessária, “não estando [o juiz] sujeito ao princípio dispositivo”, como muito bem está destacado em acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 Nº 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: (SEGredo 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*⁴ 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 administrativa⁵.

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 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*; portanto, 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 CF⁶, entre outros dispositivos legais). Enfim, a natureza jurídica da medida tratada na presente tese é essencialmente *protetiva* em termos materiais, isto é, vinculada à doutrina da proteção integral que permeia as normas do Es-

tatuto da Criança e do Adolescente, não se confundindo, pois, com a medida cautelar disciplinada nos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil. 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.

Notas

¹ 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.

² ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 9.069, de 13/07/1990.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ CF – Abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil.