

## BAIXAS HOSPITALARES

BRENO BEUTLER JÚNIOR  
Juiz de Direito de Porto Alegre

No ano de 1999, jurisdicionando a 2ª Vara da Infância e Juventude do Juizado Regional de Porto Alegre, a Colega Laís Pias teve a oportunidade de julgar ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, contra o Município de Porto Alegre, condenando-o a custear vagas, quando ausentes as mantidas pelo SUS, consoante reprodução do *decisum* que segue: “Assim, revendo posição anterior exarada na decisão que concedeu a tutela antecipada, entendo, como já decidido no agravo, que a decisão sobre a compra de vagas deve ser mantida, mas ampliada no que tange ao tipo de internamento hospitalar, não só em UTIs pediátricas, mas também em leitos comuns de hospitais particulares e sempre que uma criança ou adolescente necessitar realmente de internação.

“Assim, adoto a decisão do eminente Relator constante a fl. 307 dos autos, no sentido de que o Município de Porto Alegre compre vagas em leitos hospitalares, comuns ou em UTIs pediátricas, em hospitais privados, sempre que houver criança ou adolescente em estado grave e não houver leito disponível nos hospitais públicos ou conveniados ao SUS.

“Isso posto, afastadas as preliminares, julgo procedente a ação e condeno o Município de Porto Alegre a comprar vagas em leitos pediátricos, inclusive em UTIs, em unidades destinadas a atendimento privado, ainda que em hospitais particulares (não conveniados) sempre que houver crianças e adolescentes que necessitem de internação imediata e não haja leito disponível pelo SUS, e até que surjam vagas em leitos com cobertura pelo Sistema Único de Saúde.

“Deverá a Administração Municipal colocar à disposição dos hospitais meios eficientes de contato, para a eficiente distribuição dos leitos disponíveis pelo SUS e a aquisição imediata de vagas em leitos particulares, em hospitais conveniados ou não”.

Tal sentença restou confirmada em grau de recurso e, assim, transitou em julgado. Apesar disso, sua efetivação resultou extremamente difícil. Inicialmente, era o Município quem buscava eximir-se de tal responsabilidade, depois, efetivados incontáveis contatos, mesmo já com a boa vontade da Administração, eram os hospitais privados que “fugiam” da clientela a eles encaminhada. O primeiro argumento, valor da diária, restou solucionado quando a Prefeitura passou a oferecer quantia idêntica àquela paga pelo IPERGS. Mesmo assim, persistia o problema, pois, centrada a questão nas baixas psiquiátricas, especialmente em função do uso de drogas, não eram estes “pacientes” bem aceitos nos nosocômios, decorrência natural da “problemática” específica que seu tratamento representa.

Neste íterim, o Departamento de Infância e Juventude da AMRIGS, por seus dirigentes, Dra. Olga Falceto e Dr. Admiró Sari, se dirige ao Juizado solicitando um

tanto de atenção. O primeiro encontro, uma visita ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre, resultou na possibilidade de aferir inviável uma baixa psiquiátrica ali (por crise ou droga) dada a falta de estrutura a tanto. Ficaram esclarecidos, então, os locais possíveis para a baixa de adolescentes com tal perfil, entretanto, com número de leitos muito limitados.

Inúmeras outras reuniões se seguiram, sempre com a segura liderança dos representantes da AMRIGS, e delas logrou-se a adesão de um grande número de hospitais ao projeto, cada um deles se propondo a disponibilizar alguns poucos leitos, mas que, multiplicados pelo número de estabelecimentos, resultaram em boa oferta, podendo ser afirmado hoje que não há problemas maiores a uma baixa desta natureza.

Não só. Presentes em tais reuniões Estado e Município, estabeleceram-se os rumos de procedimento. O “ingresso” se dá via PAM3, com avaliação inicial e indicação ou não de baixa. Sinalizada esta última, é acionada a Central de Vagas, que, não logrando obter uma daquelas mantidas pelo SUS, automaticamente providencia noutra, privada, cujos custos são suportados pela Prefeitura, de modo direto. Para pessoas advindas do interior, a “porta de entrada”, onde se realiza a tal avaliação, é o Hospital São Pedro, donde parte o devido encaminhamento, exceto quanto às vagas privadas, pois não é cabível exigir do Município de Porto Alegre que arque com despesas de pessoas oriundas de outras cidades. Assim, havendo decisão que obrigue o Município de origem a tanto ou acordo neste sentido, o procedimento tem *iter* similar àquele dos que da Capital se originam. Caso contrário, mesmo determinada a baixa, há fila de espera pela vaga do SUS, o que importará no retorno daquele paciente para sua casa até que seja possível acolhê-lo.

Tudo isso, que aqui é narrado em poucas linhas, custou mais de dois anos de encontros e discussões, mas a compensação é plena.

Depois, os “problemas” passaram a ser da “nossa” parte, do Judiciário. Compreendida a dinâmica dessa seqüência de atos, houve, de certa forma, um “compromisso”, obviamente relativo, do Juizado em não interferir no ato médico, dado ter ficado de todo evidente que não deixaria de haver a prescrição de baixa, mesmo se necessária, como antes ocorria, por falta de vagas. Atestado não ser o caso de baixa, não se dá ordem em contrário, exceto diante de outro laudo médico a contestar isso e diante de risco iminente. Como a jurisdição é de cada um de nós, Juízes, e não pode mesmo ser diferente, eventualmente isso não era cumprido. Algumas reuniões no âmbito dos Juízes com atribuições para este tipo de decisão, e também “aqui” se obteve sucesso.

Também não se pode esconder que o fato de haver “troca” de telefonemas entre médicos e Juízes ajudou bastante no contorno de confrontos antes resolvidos com o famoso “mandado de prisão”. Mesmo quando a família pleiteia determinado nosocômio, convencionou-se não determinar no mandado em qual deverá ocorrer a baixa. O motivo disso está em que, a mais das vezes, mesmo oferecendo melhor hotelaria, aquele lugar não conta com estrutura física ou profissionais para tal especialidade. Seria como determinar-se a baixa no Instituto do Coração

de pessoa acometida de câncer de aparelho gástrico e pretender-se, ainda, bons resultados. Não dá.

Não há como negar que, mesmo representando, em tese, limitação ao *decisum*, tais combinações propiciaram significativa melhora no fluxo de busca em vagas hospitalares, a Central logrou otimizar a ocupação delas e, mesmo sem um investimento maior, navegamos por águas tranquilas, sujeitas, naturalmente a tempestades esporádicas.

Restou o “problema” do interior. Apesar das recomendações da Egrégia Corregedoria, apesar da expressa regra contida em provimento, impondo o uso de precatórias para o encaminhamento de “pacientes” para a Capital, assim não ocorre, diuturnamente. No Estado, há mais de cento e sessenta comarcas e, enquanto em uma delas “aquele” caso é apenas “um” caso, resultam, na soma, vários por semana, a absorver no JIJ de Porto Alegre.

São mandados, expedidos diretamente, com ordem de baixa, e não de avaliação, e não raro com tempo de internação determinado e com hospital definido (em regra algum totalmente inadequado para o tratamento pretendido). Por evidente, terminam o paciente e os que o acompanham encaminhados para o Foro. Busca-se, então, urgente contato com a Comarca de origem, solicitando uma precatória, em termos adequados, via fax. Nem sempre isso é obtido e, nada havendo por fazer, pela falta de jurisdição (porque não deprecada), terminam todos voltando para o interior, sob imensa frustração. Mas não é só. Noutras circunstâncias está tudo em ordem, deprecado, fazem-se os contatos, agenda-se a avaliação, o juízo deprecante é comunicado, as pessoas encaminhadas. O médico prescreve a baixa, a vaga do SUS, contudo, inexistente e, pela falta de condenação ou avença com a municipalidade local, para o pagamento de clínica privada, todos voltam.

Em Lajeado, o Colega logrou, sem que se conheça os termos, fazer um acordo com o Secretário da Saúde do Município, e há comprometimento de cobertura dos custos por lá. Até não se sabe se isso continua vigendo. Mas é só. Não há notícia de outras tratativas similares, de inquéritos civis públicos, pelo Ministério Público, ou ações com tal objeto, via de conseqüência, nenhuma decisão. Mas, além disso representar a possibilidade de efetiva baixa e garantia de direito fundamental, este tipo de iniciativa teria o condão de, talvez seja uma quimera, descentralizar o atendimento. A pergunta que se impõe; acossado com a obrigação de pagamento, desejará o Prefeito transferir os recursos para clínicas e hospitais em Porto Alegre ou, ao contrário, terá o desejo em ver este dinheiro drenado para alguma instituição na região ou no próprio Município? Talvez seja este o caminho, tanto de alcançar o efetivo tratamento a quem necessita como em atender a todo o Estado sem deslocamentos maiores.

Os pedidos de baixa formulados – invariavelmente – pela Defensoria Pública, vêm vazados nos seguintes termos: “a) liminarmente, a busca e apreensão de *Beltrano*, no endereço do autor, com a expedição de ordem determinando a avaliação psiquiátrica, e se constada necessidade, determinando a baixa hospitalar do

requerido junto a hospital em ala de tratamento (contra drogadição) em (Porto Alegre), como direitos previstos na Constituição Federal [...]”

Proposta a ação se segue despacho, em princípio, com o teor seguinte: “Vistos. Diante do quadro exposto, defiro o pedido. Expeça-se mandado de busca e apreensão e ofício determinando a imediata avaliação, no São Pedro (interior), PAM3 (Capital), e eventual internação do(a) jovem em ala de adolescente, via Central de Vagas.

“Caso não disponível o leito pleiteado, o Município deverá comprar dita vaga na rede privada, conforme determinação na Ação Civil Pública nº 789321, datada de 01-06-99, cuja cópia deverá acompanhar o referido ofício e demais documentos de estilo”.

Segue transcrição do ofício da Secretaria da Saúde de Porto Alegre, que bem ilustra a situação:

“Prefeitura Municipal de Porto Alegre  
“Secretaria Municipal de Saúde

“Ofício nº 160/2002

Porto Alegre, 10 de maio de 2002.

“Digno magistrado:

“Tendo em vista as diversas ordens judiciais recebidas por esta Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre, com a expedição de Mandado de Condução solicitando o encaminhamento de pacientes para o Hospital Espírita de Porto Alegre para realização de avaliação psiquiátrica para fins de internação, vimos pela presente informar que, a partir de 22-04-02, todas as *avaliações psiquiátricas de pacientes do Município de Porto Alegre* deverão ser realizadas no *Plantão de Atendimento de Saúde Mental do Centro de Saúde Vila dos Comerciantes (PAM3)*, localizado na Rua Professor Manoel Lobato, nº 151 – Vila Cruzeiro do Sul. Em caso de necessidade de internação, o referido Posto de Saúde acionará a *CERIH – Central de Regulação de Internações Hospitalares da Secretaria Municipal de Saúde*, que providenciará o leito.

“No ensejo, apresentamos saudações.

“José Leonel do Canto Alves

“Coordenador da Assessoria Jurídica SMS

“Excelentíssimo(a) Sr.(a) Dr.(a).

“Diretor do Foro Central de Porto Alegre

“Rua Márcio Luís Veras Vidor, 10 – CEP 90110-160

“N/C”

Por este meio, foi encontrada razoável solução ao problema, pelo menos aos necessitados aqui na Capital. Quanto ao interior, crê-se também ter havido progressos, uma vez atendidos os requisitos mínimos a tanto.

Assim, em decorrência das aludidas reuniões e acertos aqui realizados, se pede, em suma, seja a medida deprecada, haja a certificação da falta ou inexistência da vaga na origem, preferentemente algum laudo local apontando a necessidade da baixa (pois pode não ser este o tratamento indicado ao caso) e a expedição da AIH (Autorização de Internação Hospitalar, pelo SUS) se possível, além do pedido de que a avaliação inicial se dê no São Pedro onde, não existindo a vaga, será acionada a CERIH, neste caso, havendo apenas a “particular”, o Município onde mora o paciente deverá arcar com o custo.

Por óbvio, este último item é o principal e que requer mais esforço para ser implementado por acordo ou via ação civil pública, onde o Ministério Público pode ser o autor.



**JURISPRUDÊNCIA**





# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 70010315554 7ª CÂMARA CÍVEL PORTO ALEGRE

GUARDA. FORMA DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA PRECEDENTE À ADOÇÃO. PESSOA NÃO INTEGRANTE DA LISTA DE HABILITADOS À ADOÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO APENAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. Esta Câmara tem admitido, em situações de absoluta excepcionalidade, a chamada adoção *intuitu personae*, como se vê nos precedentes colacionados no parecer ministerial nesta instância. Entretanto, isso ocorre somente em situações onde se tem uma guarda de fato com vínculo já consolidado, o que não se dá no presente caso, como resulta evidente nos autos. Negaram provimento, por maioria.

*M. C. B. C., apelante – A Justiça, apelada.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os Desembargadores integrantes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em negar provimento ao apelo, vencida a Presidente. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Sr. Des. José Carlos Teixeira Giorgis.

Porto Alegre, 22 de dezembro de 2004.

Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Relator.

Desª Maria Berenice Dias, Presidente (voto vencido).

### RELATÓRIO

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Relator) – Trata-se de recurso de apelação interposto por M. C. B. C., irrisignada com sentença que indeferiu a inicial da ação em que postula a guarda da menor C. N. S. S., extinguindo o feito.

Sustenta que (1) é monitora concursada, prestando serviços na FASC; (2) na sua atividade profissional, passou a cuidar de C. desde o seu abrigamento; (3) agiu em completa boa-fé, no interesse da menor, em razão do forte vínculo afetivo que se desenvolveu no convívio e cuidados com criança; (4) é juridicamente possível o deferimento de guarda a adoção à pessoa não integrante da lista se presentes relevantes razões que atendam ao superior interesse da criança; (5) não é recomendável a permanência da criança na FASC, cujo perfil de atendimento é voltado para

crianças a partir dos sete anos de idade, sendo que C. é apenas um bebê. Pede provimento.

Os pareceres do Ministério Público, tanto no 1º grau como nesta instância recursal, são pelo conhecimento e provimento do apelo. É o relatório.

#### VOTO

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Relator) – Nenhuma censura merece a bem-lançada sentença, de lavra do eminente magistrado José Antônio Daltoé Cezar, cujos fundamentos adoto como razão de decidir: “Inicialmente, cumpre salientar ser direito fundamental da criança e do adolescente o de ser criado e educado ‘no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta’ (art. 19 do ECA).

“Considerando esta norma como ponto de partida e ainda o princípio constitucional da prioridade absoluta, que significa exatamente absoluta prioridade, ou seja, a colocação de um direito acima de qualquer outro, impõe-se ter os direitos infante-juvenis acima daqueles conferidos aos adultos, ou seja, a inversão na apreciação dos interesses em discussão na demanda colocando-se, acima de todos, aqueles que amparam o recém-nascido.

“Além disso, para a colocação em família substituta, também são estabelecidas regras. Devem ser os genitores destituídos do pátrio poder, falecidos, ou podem aderir ao pedido, conforme disposto no art. 166. Ainda, sendo desconhecidos os pais, será dispensado o consentimento, conforme dispõe o art. 45, § 1º, do mencionado diploma legal.

“No segundo caso, enquadra-se a situação ora apreciada. Trata-se de criança cuja genitora é falecida e a paternidade não foi reconhecida.

“Desta forma, não sendo possível sua inserção junto à família de origem, conforme preceitua o art. 19 do ECA, a colocação será efetuada em família substituta, devidamente habilitada para tal, perante a Justiça da Infância e da Juventude.

“Destaca-se que, em conformidade com o art. 50 do ECA, será mantido em cada comarca um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de *peçoas interessadas em adoção*, sendo que, em relação a Porto Alegre, ambos encontram-se regularizados e sendo utilizados há vários anos.

“Em relação ao registro de pessoas interessadas em adotar, ressalte-se, no caso de Porto Alegre, atualmente existem mais de *duzentos lares* aguardando a oportunidade de receberem uma criança, já tendo as famílias sido avaliadas e declaradas judicialmente habilitadas, restando, em razão das exigências elaboradas pelas partes e das crianças que ingressaram no Juizado com possibilidade de adoção, um tempo médio de espera de *dois a três anos*, o qual *vem sendo observado por todos, sem exceção*.

“Assim se procede (Portaria deste Juízo nº 01/99), não só para que se dê integral cumprimento ao que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescen-

te, o qual exige prévia habilitação das partes interessadas em adotar uma criança junto ao JIJ, mas também para que, mantendo uma seriedade de muitos anos da Justiça gaúcha, cada vez se promova a adoção pelos meios legais, com regras objetivas e pré-determinadas, aferindo de forma profissional e competente, como maneira de buscar o melhor atendimento aos anseios da criança, e assim não seja ela objeto de mera disposição do magistrado, Promotor, equipe técnica, serviço social de hospitais e instituições de abrigo públicas e privadas, situação esta aviventada pela mídia como ocorrente em outros Estados da Federação, mas não no Estado do Rio Grande do Sul.

“Inobstante se possa reconhecer na atitude da requerente que suas intenções são as melhores possíveis, em havendo dezenas de outras pessoas pré-habilitadas interessadas na adoção da criança em tela, algumas delas aguardando há quase três anos, não parece correto que apenas para atender aos seus interesses (da requerente), modifique-se uma rotina que envolve centenas de outras pessoas.

“Entendimento em contrário ensejará, salvo melhor juízo, que no futuro pessoas sem as mesmas boas intenções da postulante, querendo adotar uma criança, mas *não aceitando os procedimentos que visam a resguardar a igualdade entre todos os cidadãos*, portanto, colocando-se acima dos outros, utilizem-se da possibilidade do contato profissional ou do voluntariado que abre a instituição de abrigo, governamental ou não governamental, *lá escolham uma criança que está prestes a ter uma situação jurídica definida*, com ela criem um vínculo de afeto, o que é muito fácil – pois o desejo primário de qualquer ser humano é ter um pai e uma mãe –, e logo após ingressem em juízo postulando a guarda, tutela ou adoção.

“Insta seja ressaltado que, ao contrário do que se apregoa, talvez por desconhecimento próprio de quem afirma, informação esta obtida apenas pelos *jornais e outros órgãos de imprensa sensacionalista*, que é completamente equivocada a informação de que o Poder Judiciário não atua a contento nas adoções, eis que casais esperam mais de um ano por uma criança, *enquanto as instituições de abrigo estão repletas de crianças esperando por uma família*.

O que existe, sim, é que o tipo de criança exigido pelos casais habilitados, *bem como pelos diversos casais de funcionários ou voluntários que prestam serviço nas instituições de abrigo que aportam a este Juízo* – geralmente de cor clara, sem problemas de saúde, com até três anos de idade –, não existe em razão da procura existente, e tão logo ocorra a definição da situação jurídica de infante com tais características (*e não para crianças de cor, com mais de seis anos de idade, portadoras de deficiências físicas ou mentais*), *imediatamente*, em razão de um trabalho empreendido, é ele colocado em família substituta.

“A abertura de exceções à regra estabelecida ensinaria, sem dúvida alguma, que houvesse um retrocesso de mais de vinte anos na política e trabalhos que vêm sendo desenvolvidos, com uma sobrevalorização do interesse individual de

algumas pessoas, em prejuízo da seriedade que se está procurando implantar nas adoções que realizam em Porto Alegre.

“Afora tudo isso, a postura da requerente, embora não vedada em lei, é amplamente combatida por todos quantos militam na área da infância e da juventude. A garimpagem de crianças, diretamente, junto aos genitores, seus familiares, abrigos ou em situação de comoção, sem que se submetam às avaliações técnicas para aferir, fundamentalmente, da adequação dos motivos para adoção, enseja riscos, de todo prejudiciais à criança, já marcada pelo abandono. Tal conduta gera descrédito a todo trabalho do Judiciário nesta área, porque burla as listas de espera e também esforço que é feito junto a mães rejeitantes, instituições ou diligências junto à família biológica. Além do que, é pessoa estranha a postular a guarda de uma criança abrigada, cuja situação encontra-se *sub judice*.”

“Diante de todo exposto, em atendimento ao princípio da prioridade absoluta, em proveito do direito fundamental da menina que, esgotadas as possibilidades de permanência no seio de sua família, possa ser colocada em família substituta, devidamente habilitada para tal, perante o Juizado da Infância e Juventude, situação em que não se enquadra a requerente, ainda não habilitada junto a este Juizado e, entendendo ser tal ocorrência condição para o conhecimento do pedido de colocação de criança em família substituta, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC, *indefiro* o processamento do feito, determinando sua *extinção*”.

Em acréscimo, observo apenas que esta Câmara tem admitido, em situações de absoluta excepcionalidade, a chamada adoção *intuitu personae*, como se vê nos precedentes colacionados no parecer ministerial nesta instância. Entretanto, isso se dá somente em situações onde se tem uma guarda de fato com vínculo já consolidado, o que não se dá no presente caso, como resulta evidente nos autos.

Observo que, como destacou o magistrado em sua decisão da fl. 95, o indeferimento do pedido deve-se não ao fato de considerá-lo “juridicamente impossível”, como consignado na sentença, mas, sim, por tê-lo, já de início, como contrário ao interesse da criança.

Resta, por fim, recomendar que seja dada absoluta prioridade ao andamento deste feito, providenciando-se na concessão da guarda da criança ao primeiro casal habilitado, pois o local onde ela se encontra recolhida não apresenta condições mínimas para abrigá-la, ao que parece.

Nestes termos, nego provimento.

Des<sup>a</sup> Maria Berenice Dias (Presidente) – Voto pelo acolhimento do recurso. A famigerada lista serve tão-só para organizar os pretendentes à adoção.

No caso dos autos, constituiu-se um vínculo afetivo da apelante com a criança que está institucionalizada. Ainda que não exista o convívio, estabelecida a vinculação afetiva, nada mais é necessário para o deferimento da guarda.

Voto pelo acolhimento do recurso.

Des. José Carlos Teixeira Giorgis – De acordo com o Relator.

Julgador de 1º grau: José Antônio Daltoé Cezar

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008265423**  
**8ª CÂMARA CÍVEL**  
**PORTO ALEGRE**

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Histórico da genitora incompatível com o desempenho das funções do poder familiar. Tentativas frustradas de restabelecimento do vínculo com o filho. O menino não pode permanecer, indefinidamente, aguardando a melhora do comportamento da genitora, privando-o de desenvolvimento sadio e convívio com uma família. Recurso desprovido.

*E. V. V. V., apelante – M. V. S., apelada.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os magistrados integrantes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, o eminente Sr. Des. Rui Portanova e a eminente Sra. Dra. Catarina Rita Krieger Martins.

Porto Alegre, 06 de maio de 2004.

Des. Alfredo Guilherme Englert, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

Des. Alfredo Guilherme Englert (Presidente e Relator) – Cuida-se de apelação interposta por E. V. V. V. contra sentença que julgou procedente ação de destituição do poder familiar, ajuizada por M. V. S., em relação ao seu filho menor W. H. V. V.

Alega a recorrente que está-se esforçando para restabelecer o vínculo com o filho, situação reconhecida no estudo social realizado. Somente cumpriu parte do acordo firmado perante a equipe interprofissional devido ao desentendimento que teve com a Diretora do Abrigo Infantil Feminino na cidade de Viamão, local onde estava abrigada, o que a levou a pedir auxílio a conhecidos até que voltasse a se organizar. Ato contínuo, o abrigo mudou de endereço, passando a população para o AR 26, nesta Capital, ficando a apelante sem possibilidade de contato (inclusive o telefone foi mudado), o que levou os técnicos envolvidos no processo a pensar que tinha se desinteressado do filho e do cumprimento dos acordos efetivados como condição para revê-lo. Somente através de uma amiga, que também morou no abrigo, é que a apelante conseguiu o telefone do AR 26, e passou a fazer contatos com as suas irmãs que permaneceram lá abrigadas.

Afirma estar trabalhando em dois empregos, recebendo aproximadamente R\$ 380,00 mensais, tendo conseguido construir uma casa, onde pretende morar com seu filho, bem como ter-se livrado do uso de drogas.

Requer a improcedência do pedido de destituição do poder familiar, com o seu encaminhamento aos programas oficiais de auxílio previsto no art. 101, inc. IV, do ECA, ou seja, possibilitada a hipótese menos gravosa, a suspensão do poder familiar.

Em contra-razões, aduz a apelada que E., entre as inúmeras fugas e reingressos nas casas de abrigo, apareceu grávida de W., o qual, com pouco tempo de vida, foi abandonado pela mesma. Refere que a apelante teve várias chances de restabelecer o vínculo com o filho, todavia, voltou a fugir, retornou à rua e a fazer uso de drogas, não tendo condições de exercer o poder familiar.

O Ministério Público de origem manifestou-se pelo conhecimento do recurso, sendo mantida a decisão pelo juízo (fl. 186). Nesta instância, o parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso. É o relatório.

#### VOTO

Des. Alfredo Guilherme Englert (Presidente e Relator) – O histórico da apelante, lamentavelmente, recomenda a destituição do poder familiar, não sendo viável sequer a suspensão, pois a genitora não apresenta condições mínimas de manter o filho aos seus cuidados, tendo em vista sua vivência de rua, envolvimento com drogas e problemas de conduta, registrando várias fugas do abrigo feminino, devendo prevalecer os interesses da criança, a qual não pode ser privada de ter lar familiar que atenda suas necessidades.

O menino W., de três anos de idade (fl. 17), é fruto de relacionamento da apelante com pai desconhecido, ocorrido após fuga da mesma do Abrigo Infantil Feminino, permanecendo o infante, desde então, abrigado. Os pais da recorrente E., igualmente, foram destituídos do poder familiar (fls. 10/11).

Segundo carta da Diretora do Abrigo Feminino dirigida ao Juízo da Infância e Juventude desta Capital (fls. 24/26), E. apresenta histórico de abandono e abusos, sendo de difícil institucionalização. Tem várias evasões, é de difícil manejo, agressiva e não se fixa em atividades saudáveis. Estava trabalhando, freqüentando escola, mas evadiu do abrigo, faltou ao trabalho e foi demitida. Desde então, as evasões foram freqüentes, sendo que em 10-05-02, ao retornar de uma evasão, E. estava notoriamente drogada, não se dispondo a conversar, fazendo ameaças, usava uma corrente, assim como um canivete, para ameaçar monitores e o vigia enquanto fazia o próprio filho de escudo. Atirou objetos e só foi contida com a chegada da Brigada Militar. Ao retornar ao abrigo seguiu agitada e fazendo ameaças, dizendo que iria chamar seus amigos traficantes. Após tais acontecimentos, retornou a fugir.

Mesmo diante de tais informações, em audiência realizada (fl. 60), ouvida a apelante e testemunha, o Juiz determinou a suspensão do feito por 90 dias, com encaminhamento dos autos a Equipe para buscar a reaproximação

entre mãe e filho, com posterior indicação de transferência do garoto para o Abrigo Infantil Feminino, junto com a mãe.

No entanto, realizado estudo psicossocial (fls. 60/62), no qual restou combinado que a apelante deveria cumprir algumas determinações, a mesma descumpriu o acordo. Conforme noticiado (fls. 63/64), apenas conseguiu ir ao neurologista, não chegando, nem mesmo, a realizar os exames necessários. Tinha consulta com psiquiatra e, no dia anterior, fugiu da instituição, não mais retornando. Passou a ligar eventualmente para saber notícias de suas irmãs, que também se encontram abrigadas na instituição. Quanto ao filho, como se denota, ficou em total esquecimento.

Durante os mais de três anos em que o menor está abrigado, a genitora teve amplas oportunidades de buscar a reaproximação com o filho e desempenhar as funções do poder familiar, todavia, resolveu permanecer fugindo do abrigo, deixando em completo abandono no abrigo o menino W.

Nesse contexto, como ressaltado na sentença, “não pode o infante passar sua infância abrigado, privado do convívio de uma família que lhe propicie um desenvolvimento sadio, na espera de que a mãe se organize e o assuma, o que certamente nunca ocorrerá, considerando o comportamento até agora apresentado por ela. Ademais, não se pode esquecer do direito que têm as crianças de serem criadas no seio de uma família, preferencialmente a biológica, apenas preferencialmente. Não sendo possível, devem ser inseridas em um lar substituto, este também é um direito que as acode. Soma-se a isto o fato de não poderem esperar indefinidamente pela organização dos pais, pois o tempo para elas é demais precioso, correndo riscos de tornarem-se pessoas adultas, sem família e vivendo em abrigos superlotados”.

Assim sendo, nego provimento ao recurso.

Des. Rui Portanova (Revisor) – De acordo.

Dra. Catarina Rita Krieger Martins (Vogal) – De acordo.

Julgador de 1º grau: Breno Beutler Júnior





**RECURSO ESPECIAL Nº 602.178**  
**5ª TURMA DO STJ**  
**MINAS GERAIS**

RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ATO INFRACIONAL. PRESCRIÇÃO. 1. Consoante o entendimento pacificado nesta Egrégia 5ª Turma, aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas socioeducativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo. Precedentes. 2. Reconhecimento da extinção da punibilidade do ato infracional imputado ao recorrente, julgando prejudicado o mérito do recurso especial.

S. G. S. J., recorrente – Ministério Público do Estado de Minas Gerais, recorrido – Dilermano Dias Santos, advogado.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, os Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso e declarar extinta a punibilidade, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Mins. Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 13 de abril de 2004 (data do julgamento).

Minª Laurita Vaz, Relatora.

**RELATÓRIO**

Minª Laurita Vaz (Relatora) – Trata-se de recurso especial interposto por S. G. S. J., com fundamento no art. 105, inc. III, alíneas *a* e *c*, da CF, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento à apelação por ele interposta, nos termos da seguinte ementa: “Ementa: Medida socioeducativa. Prescrição. Impossibilidade. Ausência de caráter punitivo. Inexistência de similaridade com a pena. Preliminar rejeitada. Ato infracional. Dano. Caracterização. Autoria e materialidade comprovadas. Medida socioeducativa. Prestação de serviços à comunidade pelo período de 06 meses, com jornada de 10 horas semanais. Afronta ao art. 117, parágrafo único, do ECA. Redução do período para 03 meses e da jornada para 08 horas semanais. Recurso parcialmente provido”. (fl. 140)

Preliminarmente, pleiteia o recorrente o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, porquanto a representação somente foi oferecida após mais de 03 anos da prática do suposto ato infracional, equiparado ao crime

de dano, ocorrido em 20-04-98. Aduz, assim, que o acórdão recorrido não deu a melhor interpretação ao art. 109 do CP em face dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, divergindo, também, do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

No mérito, aduz que foi reconhecida a prática do ato infracional a despeito da ausência de provas robustas, violando assim os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, insculpidos no art. 5º, inc. LV, da CF. Contra-razões oferecidas às fls. 161/168.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer às fls. 177/187, opinou pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. É o relatório.

#### VOTO

Min<sup>a</sup> Laurita Vaz (Relatora) – Acolho a preliminar suscitada pelo recorrente. Com efeito, esta Egrégia 5ª Turma pacificou o entendimento no sentido de que se aplica o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas socioeducativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo. Confira-se, entre outros, os seguintes precedentes: REsp nº 489.188-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ*, de 29-09-03; *DJ*, de 09-02-04; REsp nº 171.080-MS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ*, de 15-04-02.

Cumpra registrar, por oportuno, as elucidativas conclusões do Min. Felix Fischer a esse respeito, proferidas no julgamento do REsp nº 341.591-SC, publicado no *DJ*, de 24-02-03, *in verbis*: “Não vislumbro a alegada ofensa ao art. 226 do ECA. Os que repudiam a aplicação da prescrição em sede de ato infracional justificam o posicionamento ao fundamento de que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente não têm a mesma natureza jurídica das penas estabelecidas no ordenamento jurídico-penal. Entretanto, uma análise contextual e teleológica de tais medidas leva inevitavelmente à conclusão diversa. De ver-se que os infratores são submetidos às *normas configuradoras de injustos* para a caracterização do denominado ato infracional (art. 103 do ECA), sujeitando-se, pois, a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade, às vezes, na prática, até mais gravosas que as impostas aos imputáveis. Portanto, não se pode negar que as medidas socioeducativas têm, na realidade, uma certa conotação repressiva, ainda que formalmente sejam preventivas.

“Amaral e Silva, nobre Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em palestra proferida na Universidade de Brasília, no *Colóquio Internacional – Defesa de Direitos dos Adolescentes: A Contribuição da Universidade*, teceu importantes considerações sobre a questão da natureza das medidas socioeducativas: ‘Não tenho a menor dúvida: juridicamente: consideradas, as medidas socioeducativas são retributivas, pedagógicas e, inclusive, *repressivas*.’

“ São retributivas por que constituem resposta à prática de um ato infracional, portanto legalmente reprovável.

“ Só o autor do ato infracional (eufemismo que corresponde a crime ou contravenção penal – ECA, art. 103), pode ser *submetido* (apenado) a uma medida socioeducativa. Não se olvide: as medidas são impostas coercitivamente.

“ Não se diga que a possibilidade da remissão, da não-imposição de qualquer medida ou a faculdade que tem o Juiz de aplicar medidas de proteção tiram o caráter retributivo das medidas socioeducativas, porquanto essas providências despenalizantes nada têm com a natureza da medida. Existem, inclusive, no Direito Penal Comum: a suspensão condicional do processo, da pena, o perdão judicial, etc...

“ O caráter retributivo é visível na mais branda das medidas – a advertência –, onde o Juiz admoesta, vale dizer, avisa, adverte, *repreende*.

“ São pedagógicas, porque têm caráter eminentemente educativo, mas são repressivas (do latim, *repressio*, de *reprimere* – reprimir, impedir, fazer cessar).

“ O caráter repressivo das medidas socioeducativas não reflete o sentido vulgar da palavra, mas o significado técnico-jurídico de *oposição*, *resistência*, *impedimento*.

“ Como explica De Plácido e Silva no *Vocabulário Jurídico: As medidas impostas para reprimir podem chegar até o castigo. Mas, juridicamente, repressão não é castigo: é meio de fazer cessar, de fazer parar, de impedir ou de moderar adolescentes em conflito com a lei e a sociedade*.

“ As medida socioeducativas visam a *prevenir* e *reprimir* a delinquência juvenil, vale dizer, fazê-la parar relativamente ao agente e impedir ou moderar o fenômeno em relação aos demais adolescentes.

“ Admitir o caráter repressivo, *penal especial* (diferente do penal comum dos adultos), insisto, é útil aos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. É necessário superar o viés da *proteção*: ciente o aplicador da medida que, além de imposta, é repressiva, redobrar-se-á em cautelas para não impô-la sem critérios da fundamentação da despenalização, da excepcionalidade, da legalidade, da brevidade, da proporcionalidade e da resposta justa e adequada.

“ Despenalização concretizada pela remissão pura e simples. Proporcionalidade para impedir a imposição de medida severa por fato irrelevante.

“ Como as penas criminais, as medidas socioeducativas são restritivas de direito (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida) e privativas de liberdade (semiliberdade e internação).

“ Também sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas escreveu Marina de Aguiar Michelman, em artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 27, de julho-setembro de 1999, pp. 212/213: ‘Segunda razão avalizadora da *adoção do instituto da prescrição no ECA* condiz

com a própria *natureza da medida socioeducativa*. Já se demonstrou ao longo deste artigo ser errônea a concepção de medida socioeducativa como resposta estatal pedagógica e não punitiva. De acordo com a mais moderna doutrina, as medidas socioeducativas são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social. Embora distingam-se das penas pela preponderância do caráter pedagógico sobre o punitivo, não deixam de lado o propósito intimidativo e expiatório próprio da pena, eis que autorizam a ingerência do Estado na liberdade individual do adolescente para lhe impor, coercitivamente, em programa pedagógico, seja em mediante privação de liberdade, seja pela iminência de reversão da medida em meio plena ou parcialmente aberto para internação-sanção, na forma do art. 122, inc. III, do ECA.

“*Desta forma, pela restrição total, parcial ou potencial ao direito fundamental de ir e vir do adolescente, torna-se inconveniente franquear ao exclusivo arbítrio do Juiz o poder de aplicar ou executar tais medidas independentemente do lapso temporal já transcorrido*’.

“Ainda sobre o tema, vale consignar o ensinamento de Rosaldo Elias Pacagnan, Juiz de Direito do Estado do Paraná, em artigo publicado na *RJ* nº 211, p. 22: ‘No caso do ato infracional, poder-se-ia argumentar, de chofre, que a prescrição – prevista para o direito de punir do Estado, nas ações criminais – não poderia incidir, visto que não há pena nem punibilidade, a aplicação da medida socioeducativa é facultativa (art. 112) e não há expressa previsão legal.

“ ‘Não penso assim. A uma, porque a medida socioeducativa, já disse, tem seu aspecto de pena. Queira-se ou não denominá-la assim, trata-se de uma sanção, uma ordem imposta ao adolescente.

“ ‘Para efeito de comparação, a multa é um dos tipos de pena na legislação penal, porém, existem medidas socioeducativas de limitação e privação da liberdade do adolescente infrator (arts. 120 e 121).

“ ‘Qual é, nesse caso, a mais grave? A pena ou a medida socioeducativa? Óbvio que a última. Ademais, há até penas-medidas iguais como a prestação de serviços à comunidade. Não deve prevalecer, pois, a simples nomenclatura, mas o image da imposição estatal.

“ ‘A medida socioeducativa, pois, também é punitiva. Mesmo a pena por crime, é sabido e proclamado na Lei de Execução Penal, tem seu lado socioeducativo: pune-se e tenta-se, com a punição, *reeducar*’.

“Na hipótese vertente, o menor foi condenado à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 02 meses em razão do cometimento do ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do CP. O Egrégio Tribunal *a quo*, em sede de apelação, decretou a extinção da punibilidade por ocorrente a prescrição.

“Escorrito o entendimento da Corte *a quo*, haja vista que não aplicar o instituto da prescrição aos atos infracionais, injustos fundamentadores da atuação do Estado, significa criar situações bem mais severas e duradouras

aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, o que é de todo desaconselhável e inaceitável.

“Com muita propriedade, afirmou o Des. Amaral e Silva no voto condutor do ven. acórdão ora impugnado: ‘Mas, com a devida vênia, se os adolescentes respondem por atos infracionais, vez que estão sujeitos às regulações contidas no ECA, submetendo-se a medidas socioeducativas, dentre elas restritivas de direitos e até privativas de liberdade, é claro que têm direito subjetivo à prescrição, assim como aos imputáveis.

“ ‘Segundo interpretação jurisprudencial do art. 226 da Lei 8.069/90, *aplicam-se as regras pertinentes à punibilidade do Código Penal, como as causas que a extinguem* (ACr nº 30.422, de Tubarão, Rel. Des. Márcio Batista, j. em 13-12-93).

“ ‘No mesmo sentido: *Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional praticado por menor de 18 anos. Medidas socioeducativas, de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 01 ano. Aplicação das normas da parte geral do Código Penal. Inteligência do art. 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e a da publicação do decisum condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito.* (ACr nº 30.496, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. Alberto Costa, j. em 27-08-96)

“ ‘Ainda: *Não há qualquer dúvida que, tanto para definição do que seja ato infracional (art. 103 do ECA), quanto em relação aos crimes praticados contra criança e adolescente, aplicam-se as normas da Parte Geral do Código Penal (art. 226 do ECA), constituindo-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90 = ECA) em lex mitior em relação ao antigo Código de Menores, sob o qual foi praticada a pretensa infração.* (RT nº 667/330)

“ ‘Assim, se os adolescentes respondem por atos infracionais e submetem-se às medidas socioeducativas, não há motivos para excluí-los das garantias das causas extintivas da punibilidade previstas no Código Penal, razão pela qual deve ser declarada extinta a punibilidade do apelante, pela prescrição da pretensão punitiva’. (fls. 106/107)

“Muito embora haja sido demonstrado o dissídio pretoriano, o recurso especial não tem melhor sorte pela alínea c. Sucede que o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com o atual entendimento perfilhado por desta Corte acerca da matéria. Transcrevo, a propósito, os seguintes julgados: ‘Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão e medida socioeducativa. Cumulação. Prescrição. I – A remissão concedida pelo *Parquet* pode vir a ser acompanhada de medida socioeducativa aplicada pelo Juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA. II – As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. Recurso prejudicado’. (REsp nº 241.477-SP, 5ª Turma, DJU, de 14-08-00)

“ ‘Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão. Prescrição. Medida socioeducativa. As medidas socioeducativas perdem a razão de

ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. Recurso desprovido'. (REsp nº 226.379-SC, 5ª Turma, DJU, de 08/10/2001)

“ECA. REsp. Infração. Medidas socioeducativas. Decurso de tempo. Prescrição. As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, por motivo tão, ou mais, relevante que aquele pertinente às sanções penais aplicáveis aos imputáveis, é de ser observado, em sede de menores, o instituto da prescrição. A diversidade de objetivos existente entre penas e medidas socioeducativas não afasta as conseqüências reais e inevitáveis produzidas pelo tempo. (Precedentes) Recurso desprovido'. (REsp nº 283.181-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU, de 02-09-02)

“Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Prescrição. Conhecimento e provimento. 1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores. 4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do ato infracional'. (REsp nº 171.080-MS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU, de 15/04/2002)

“Neste mesmo sentido, aliás, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina se manifestou em diversos acórdãos, *v. g.*, AP nº 99.000423-6, Rel. Des. Paulo Gallotti; AP nº 99.004156-5, Rel. Des. Nilton Macedo Machado; AP nº 99.002135-1, Rel. Des. Nilton Macedo Machado; AP nº 98.015261-5, Rel. Des. José Roberge; HC nº 99.000311-6, Rel. Des. Amaral e Silva, dentre outros.

“Há que se atentar outrossim ao fundamento da prescrição da pretensão punitiva. Consoante Damásio E. de Jesus (*Prescrição Penal*, 10ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 22), a prescrição, em face de nossa legislação penal, tem tríplice fundamento: o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato), a correção do condenado e, por fim, a negligência da autoridade. Todos estes fundamentos aplicam-se ao ato infracional. *In casu*, decorrido o período necessário à declaração da prescrição, a medida socioeducativa não tem mais fundamento, não tem mais razão de ser, pois o transcurso do tempo tornou ineficaz a prevenção genérica e específica que adviria da sua aplicação. Conseqüentemente, *a fortiori*, é de ser aplicado o instituto da prescrição”.

No caso em tela, o adolescente foi condenado pela prática do ato infracional correspondente ao crime de dano, tipificado no art. 163 do CP, cuja pena é de 01 a 06 meses de detenção. Assim, nos termos do que estabelece o art. 109, inc. VI, do CP, o prazo prescricional é de 02 anos.

A sentença monocrática foi publicada em 20-06-01. Não havendo qualquer causa interruptiva desde então, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade estatal pela prescrição.

Ante o exposto, declaro a extinção da punibilidade do ato infracional imputado ao recorrente, S. G. S. J., julgando prejudicado o mérito do recurso especial. É o voto.

#### CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia 5ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o recurso e declarou extinta a punibilidade, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora”.

Os Srs. Mins. Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Jorge Scartezzini.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de abril de 2004.

Lauro Rocha Reis, Secretário.





**PARECER**



## **Conselho de Supervisão da Infância e Juventude**

Processo nº 21016-0300/05-3

Assunto: Adoções dirigidas e “venda” de crianças

Relator: Luciano Barcelos Couto

Data: 20-06-05

Vistos.

A magistrada titular da 2ª Vara Judicial e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Getúlio Vargas, Dra. Rossana Gelain Silveira Peres, diante da apuração de fatos “envolvendo denúncia de suposta ‘venda’ de uma recém-nascida”, encaminhou ao CONSIJ – Conselho de Supervisão da Infância e da Juventude – cópias da Ação Cautelar de Busca e Apreensão de Menor nº 2.079/55, bem como da Ação de Adoção nº 2.090/66, que originou o Agravo de Instrumento nº 70011555869, para conhecimento, apreciação e eventual deliberação deste Conselho.

Os fatos que originaram o presente expediente foram assim relatados pela magistrada, quando prestadas informações em sede de agravo: “Em 28-03-05, recebi comunicação do Conselho Tutelar de Getúlio Vargas, informando que uma menor (J. A. S.) com 14 anos de idade, havia dado à luz, no dia 27, uma menina, e que manifestava interesse, assim como seus guardiães, de deixar a recém-nascida para adoção.

“Designei audiência para colher o consentimento da menor e de seus responsáveis a fim de viabilizar o início do processo para adoção e o contato com os casais habilitados na Comarca. Na audiência, realizada em 30-03-05, a menor J. e seus guardiães manifestaram interesse em criar a filha. Nesta audiência, salientei para J. e seus avós que caso quisessem colocar a menor para adoção, deveriam se dirigir ao Juízo.

“Ocorre que, em 05-04-05, uma Conselheira Tutelar foi até a residência da menor para verificar a situação da recém-nascida e da família, sendo que depois de conversar com a avó de J. e com esta, descobriu que a recém-nascida havia sido dada para um casal que reside no Mato Grosso, conforme consta do Of. nº 031/05 do Conselho Tutelar.

“Com estas informações, determinei a expedição de mandado de busca e apreensão da recém-nascida. Neste ínterim, recebi carta anônima denunciando a ‘venda’ de uma menina e citando prováveis nomes e detalhes de como a recém-nascida havia sido levada para o Mato Grosso. Tais documentos foram encaminhados à Delegacia de Polícia para fins de investigação.

“Com as informações prestadas pela Delegacia de Polícia, o expediente foi encaminhado ao Dr. Promotor de Justiça, que, em 13-04-05, ingressou com ação de busca e apreensão da recém-nascida B. M. S., reatuado o JIJ com o nº 2.079/55.

“Diante da gravidade dos fatos, deferi liminarmente a busca. É de salientar que com as informações constantes dos autos foi possível concluir que a recém-nascida possivelmente estaria com o casal N. J. C. e L. P. C., uma vez que haviam

ingressado com processo de habilitação para adoção nesta Comarca, processo que acabou sendo extinto pela inércia dos requerentes.

“Foi expedida precatória para a Comarca de Sinop-MT, e a suspeita se confirmou, tendo em vista que o casal N. e L. peticionou nos autos da precatória a suspensão do cumprimento da busca e apreensão. Este pedido foi transmitido por fax a este Juízo, sendo que, após vista e manifestação do Ministério Público, decidi pelo indeferimento do pedido e determinei o imediato cumprimento do mandado de busca e apreensão.

“Em 20-04-05, N. e L. novamente peticionaram neste Juízo, momento em que requereram que o Juízo solicitasse a devolução da precatória de busca sem cumprimento, bem como notificaram o ajuizamento de ação de adoção na Comarca de Sinop-MT.

“Em 25-04-05, os agravantes ingressaram neste Juízo com ação de adoção distribuída no JIJ sob nº 2.090/66, com pedido de antecipação de tutela para o fim de suspender o cumprimento da medida de busca e apreensão deferida no Processo nº 2.079/55.

“Entendi indeferir o pedido, tendo em vista as informações colhidas no Processo nº 2.079/55, bem como por haver suspeita de que a mãe biológica tenha recebido valores para entregar a criança. É de lembrar que, perante esta magistrada, a mãe biológica J., e sua avó, manifestaram interesse em ficar com B. e, no entanto, no dia seguinte entregaram a menor para casal de fora da Comarca. Inclusive, conforme declarações prestadas na Delegacia de Polícia, J. vinha sendo contactada desde o dia 28-03 por pessoa interessada em intermediar a adoção”.

A Desembargadora plantonista, ao apreciar o agravo, suspendeu liminarmente a ordem de busca e apreensão da criança, nos seguintes termos: “Agrego efeito suspensivo ao recurso, eis que a entrega da criança foi espontânea e, conforme o estudo social, encontra-se bem. Comunique-se ao Juízo. Vista ao Ministério Público. Em 27-04-05. Des<sup>a</sup> Maria Berenice Dias, plantonista”.

Conforme informação atualizada contida no *site* do Tribunal de Justiça, ainda não houve julgamento definitivo do recurso, encontrando-se os autos conclusos ao Desembargador-Relator.

É o relatório.

*Passo a fundamentar. Do caso concreto.*

De início, adianto o entendimento no sentido do descabimento de qualquer providência do CONSIJ no caso concreto, que se encontra *sub judice*, uma vez que este Conselho carece de competência para o exame de qualquer decisão de cunho jurisdicional, somente passível de modificação pela correspondente instância recursal.

O deferimento ou não da adoção pleiteada será objeto de exame pelo Juízo competente, não se sujeitando à interferência de qualquer órgão administrativo.

Ademais, os autos dão conta da existência de expediente policial em que poderá ser apurada a eventual prática do crime previsto no art. 238 do ECA.

Ainda assim, a matéria trazida à apreciação – que não é nova, ressalte-se – pode ser objeto de reflexão por este Egrégio Conselho, à luz do disposto no art. 3º, alínea *a*, da Resolução nº 156/95 do Conselho da Magistratura, que atribui ao

CONSIJ “estabelecer diretrizes e ações relativas ao instituto da adoção, mantendo controle de cadastros, disciplinando sobre protocolos de colaboração com entidades estrangeiras, fornecendo elementos necessários para a autoridade central federal que vier a ser constituída”. (grifei)

*Das adoções intuitu personae. Providências para que sejam evitadas. Posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.*

Há muito, vêm os Juizados da Infância e Juventude combatendo as adoções *intuitu personae*, também chamadas *dirigidas*, *prontas*, ou *à brasileira*.

Tal esforço visa a dar efetividade ao cadastro de pretendentes à adoção preconizado no art. 50 do ECA, evitando-se, outrossim, a colocação irregular de crianças e adolescentes em família substituta, bem como a prática do crime previsto no art. 238 do mesmo Estatuto.

Porém, somente será possível o efetivo combate a tais práticas se houver a pronta atuação do Poder Judiciário, tão logo se evidencie a intenção de burla ao cadastro de adoção, seja com fins econômicos, seja apenas para favorecimento de determinada pessoa, em detrimento daquelas já habilitadas.

Em tais situações, com a vênia dos entendimentos em contrário, mostra-se adequada a imediata determinação de busca e apreensão do infante – como determinado, no caso concreto, pela eminente magistrada da Comarca de Getúlio Vargas –, a fim de que se evite a consolidação de vínculos e o favorecimento indevido dos interessados que não obedeceram aos ditames legais concernentes à matéria.

Nesse sentido, tenho por oportuna a lição do eminente Promotor de Justiça da Comarca de Osório-RS, Dr. Júlio Alfredo de Almeida, na monografia *Adoção Intuitu Personae, uma proposta de agir*<sup>1</sup>: “A nobreza do instituto da adoção não pode ser maculada com ingerência de fatores econômicos como facilitadores da transferência irregular de crianças, e, dados como o percentual de 36% de adotantes absolutamente irregulares terem faixa salarial acima de 10 salários mínimos, ou seja, o dobro do percentual encontrado no conjunto de adoções investigado, indicando, assim, que também na adoção irregular o privilégio se dá em favor das classes mais favorecidas.

“O fato de o percentual de notícias de auxílio à família natural passar de 12% dos casos de adoção inicialmente irregular para 21% dos casos de adoção absolutamente irregular, aponta a ocorrência de mercado, cuja mercadoria é a criança. Ainda que travestida de caridade ou assistência, essa prática contraria tudo o que se pretende em matéria de colocação em família substituta.

“Na dita pesquisa, a atuação de Promotores de Justiça e Juízes mereceu destaque negativo, pois além da evidente falta de busca do auxílio técnico, demonstrado pelos baixos índices de avaliações psicossociais, a falta de interesse de questionar e posicionar-se acerca do descumprimento do cadastro de

---

1 – ALMEIDA, Júlio Alfredo; *Adoção Intuitu Personae, uma Proposta de Agir*. Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2002.

adotantes tem reflexo no resultado final dos processos de adoção, parecendo que a correta utilização dos cadastros torna-se mais onerosa do que os riscos e problemas advindos da adoção irregular.

*“Para que efetivamente mantenha um Sistema de Adoção, que no seu conjunto seja confiável e garantidor da efetividade dos direitos da infância e juventude, imprescindíveis o conhecimento e convencimento de que os cadastros, na forma concebida pelo art. 50 do ECA, são instrumentos principais de colocação em família substituta pela via da adoção.*

“Evidente que uma vez presente alguma das situações do art. 28, § 2º, há que se desconsiderar a ordem de habilitados, mas isso em função da própria história da infância e juventude brasileira, que tem, na família ampliada, a primeira proteção à manutenção dos vínculos familiares, sociais e culturais, garantindo, assim, a identidade do adotando.

“Excluída as situações de adoção por parente, afim e afetivo, nas quais a vontade do genitor tem efetiva preponderância, a ação do Sistema de Justiça deve ser imediata e rigorosa.

“Para tanto, a capacitação de Juízes e Promotores de Justiça em atuação na área será o instrumento de convencimento que o empirismo e o compadecimento pela figura do adotante são males que impedem da boa justiça e desfiguram o instituto da adoção.

“Instrumentos já disponibilizados, como *Manual de Procedimentos para Adoção* e *Projeto Registre seu Filho*, desde que aplicados, trazem a certeza de que grande parte dos equívocos será superada.

*“Reitero que máculas como a admissão do Sistema de Justiça como mero homologador de decisão dos genitores, a falta de determinação no trato como a matéria, o empirismo no que pertine ao conceito de formação de vínculos, a colocação dos adotantes e seus sentimentos como foco de interesse, a tomada de decisões em obediência ao sistema do Código de Menores, a demora na tramitação das ações de adoção e principalmente a falta de insistência da aplicação dos cadastros, necessariamente hão de ser subjugadas pela compreensão e aplicação dos princípios que norteiam a legislação da infância e juventude brasileira.*

“Imprescindível, também, urgente atuação sobre Conselhos Tutelares, hospitais e redes de assistência, no sentido de demovê-los de agir à revelia do Sistema de Justiça, esclarecendo-os acerca dos cadastros e de sua função.

“Providência imperativa é a formação de redes de coleta de informação, aliando agentes comunitários de saúde, Conselhos Tutelares, hospitais e líderes comunitários, buscando o monitoramento de gestantes que manifestem interesse em colocar criança em família substituta, para que, em não se obtendo sucesso em agir de forma a manter a convivência familiar, fazer com que o infante seja disponibilizado em cadastro para encaminhamento à família substituta previamente avaliada.

*“Agir sem vacilação para romper imediatamente a convivência entre criança colocada irregularmente em família substituta, desde que não tenha completado ainda seis meses de vida, pois seguramente ainda não formados os vínculos. É o caso da utilização do remédio processual da ação de busca e apreensão de pessoa.*

*“Em a criança tendo entre seis e oito meses de idade, de imediato investigar se ela criou vínculo com os adotantes, para que, em caso negativo, buscar a cessação judicial da convivência indevida, e, se formados, investigar se os adotantes estão efetivamente aptos à maternidade/paternidade ficta, procedendo às avaliações técnicas indispensáveis a apurar as boas condições sociais, físicas e psíquicas.*

*“Após os oito meses de vida e convivência, tão-somente aquilatar se os adotantes não estão inseridos nos casos de destituição ou suspensão de poder familiar, pois cientificamente já com tempo suficiente à formação dos vínculos.*

*“Assim, as providências de prevenção devem ser tomadas diante da primeira notícia de colocação indevida, seja por adoção à brasileira ou pelo ajuizamento de adoção irregular, sob pena de, passado o tempo e formado o vínculo, nada mais se possa fazer em prol da regularidade geral do sistema de adoção.*

*“Tal forma de proceder exige segurança, coragem e determinação, e nada mais é do que funcionalmente cumprir o que o Sistema de Justiça exige de seus integrantes, e na essência, garantir à criança recém-nascida passível de adoção a condição de foco de interesse de agir e a segurança possível de que será encaminhada à família hígida apta a recebê-la como prole, pois a gestou sob cuidado de quem tem a responsabilidade de garantir a prioridade absoluta”<sup>2</sup>.*

Por tais motivos, respeitados os entendimentos em contrário, tenho como imperativa a tomada de providências antes de constituídos os vínculos afetivos e psicológicos entre o infante e a família que irregularmente o acolheu, não se justificando que recém-nascidos ou bebês de tenra idade sejam *encaminhados* a terceiros, sem decisão judicial.

No mesmo sentido aponta o voto do eminente Des. Luiz Felipe Brasil Santos na Apelação Cível nº 70009132531<sup>3</sup>: “Esta Câmara já tem assentado o entendimento de que, em situações excepcionais, visando a tutelar os superiores interesses da criança, pode ser mitigada a exigência de prévia habilitação do casal adotante (AI nº 70006480453). São casos em que já solidificados vínculos afetivos, cujo rompimento militar em desfavor do adotando.

*“Não é o caso dos autos. Aqui o curto período de convivência e rápida ação ministerial impossibilitaram a solidificação dos vínculos afetivos que autorizariam fosse relevada a prévia habilitação.*

*“A infante foi institucionalizada também por um curto período e logo colocada em família substituta, previamente habilitada e com aptidão para recebê-la, conforme se depreende do ofício da fl. 69.*

*“Em que pese a inconformidade e o genuíno sentimento dos apelantes, a menina N. já está recebendo a proteção de uma nova família, que se submeteu aos ditames legais e habilitou-se para adoção.*

---

2 – Excerto de síntese da monografia citada, disponível no site [http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/CIJ\\_adintupers](http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/CIJ_adintupers); acesso em 22-09-04.

3 – Apelação Cível nº 70009132531, 7ª Câmara Cível, Caxias do Sul, 11-08-04.

*“Nada impede que o casal-apelante – permanecendo com o desejo de adotar uma criança – busque a habilitação necessária, respeitando o procedimento legal.*

*“Nesses termos, nego provimento ao apelo”.*

Assim também os votos proferidos no julgamento da Hábeas-Córpus nº 70010021004<sup>4</sup>: “Des. José Carlos Teixeira Giorgis (Relator) [...]”

“Julgado improcedente o pedido de guarda (obviamente preparatório ao pedido de adoção diante de eventual consolidação da situação afetiva fática) e intimadas as partes no dia 07-10-04 (fl. 43v.), segundo informações do esposo da impetrante, no dia 09-10-04 (fl. 183), esta viajou com a criança para Santa Catarina. Ou seja, dois dias após saber que foi indeferida a guarda, e, portanto, conhecedora que sua situação com a criança era irregular, mesmo assim evadiu-se como ela, impossibilitando o cumprimento do mandado de busca ordenado no processo de destituição.

*“Tal conduta não é admissível. Não se discute se há carinho, amor, convívio familiar escorreito com o pequeno, pois, ao longo do feito, verifica-se que nada faltou ao infante.*

*“No entanto, se pode permitir burla à lei, ainda mais em detrimento do direito de outras pessoas que estão seguindo os ditames legais.*

*“O casal-impetrante é o quinto na lista de adoção. Nesse passo, assim como neles, provavelmente a criança teria nos outros pretendentes também o calor familiar.*

*“Em princípio, não haveria prejuízo para o menor, logo, resguardados seus interesses e direitos. A discussão, portanto, refere-se à conduta das partes, já que em visível afronta à lei.*

*“Em resumo, a situação está assim esposada: os impetrantes encontraram a criança que queriam. Ao tentar seguir os trâmites legais, esbarraram na preferência de outros casais. Não vendo outra saída, tentaram violar a lei, ou seja, buscaram consolidar situação de fato que, com o tempo, não teria reversão e seria mais conveniente manter a criança com eles. Isso não se permite.*

*“Como bem salientado pelo magistrado, se considerar-se aceitável esse tipo de procedimento, haverá incentivo ao comércio infantil. Embora, nesse caso, não seja essa a hipótese, ao abrir-se precedente perigoso poder-se-ia, no futuro, acabar salvaguardando situações de extrema má-fé, antiéticas e contrárias aos costumes e ao ordenamento jurídico.*

*“Assim, diante da conduta inaceitável dos impetrantes, a salvaguarda dos direitos e interesses do menor, e a evidente tentativa de burla ao sistema previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, com base no art. 129 do CPC, denego a ordem.*

*“Des. Luiz Felipe Brasil Santos*

*“[...] Embora me tenha apercibido da sutil distinção que o ilustre Dr. Breno Mussi salientou da tribuna acerca do fato de que o casal não deseja de fato adotar a criança, ao menos não de momento, e que a mãe não quer dá-la em adoção, ao menos não de momento, e que, talvez, no futuro, quem sabe, se abra*

---

4 – Hábeas-Córpus nº 70010021004., 7ª Câmara Cível, Ijuí, 10-11-04.



esta perspectiva, mas de momento não há esta intenção, o que se deseja é apenas uma guarda para que a mãe possa manter contato com a criança. *O que me parece, com a devida vênia, é que este raciocínio, digamos assim, padece de pouca franqueza por parte dos impetrantes. É claro que, depois de eles estarem com a guarda, a criança já com dois ou três anos, qual é o Juiz, qual é o Tribunal que vai tirar deles esta guarda? É óbvio que eles querem criar uma situação de fato absolutamente incontornável. Daqui a dois anos nem nós tiramos deles esta guarda, é evidente.*

“A circunstância de esta mãe ter ou não condições de manter consigo esta criança, o poder familiar sobre esta criança, é objeto da ação já movida pelo Ministério Público lá na origem. Se ela não quer, voluntariamente, dar a criança em adoção, evidentemente que, se ela tiver condições de ter o filho consigo, claro que não vai poder ser retirado por ninguém. *Mas o fato é que nós, com exceção de casos muito específicos, muito especiais, e recordo de dois apenas até agora, sempre observamos o preceito do art. 50 do ECA, da ordem preferencial de adotantes. Porque esta lista existe por uma razão de ser, e não é por mero amor à forma pela forma, apenas para o Judiciário complicar a vida das pessoas, como muitas vezes se pensa. Algumas das pessoas enxergam o seu caso individual que está em jogo, o que é normal. Todos nós enxergamos o nosso problema.*

“*Mas esta lista existe em atenção a uma necessidade social, que, em última análise, objetiva preservar o melhor interesse das crianças, justamente para evitar o quê? Eu não estou afirmando que isso está acontecendo aqui, mas para evitar o comércio de crianças. Para isso, existe a lista, e a sua observância é algo que, como disse, vem ao encontro do interesse social, ao encontro do melhor interesse das crianças e dos adolescentes. É este interesse que nos cumpre preservar, e não o interesse, respeitável, daquelas pessoas interessadas na adoção, pois a adoção existe para proteger as crianças e os adolescentes, e não os adotantes, embora, claro, se tenha o maior respeito pelo afeto que eles possam nutrir pelas crianças, que muitas vezes encontram e sentem aquela, digamos assim, inclinação afetiva. Entretanto, não podemos enxergar prioritariamente este interesse.*

“Por isso, nas condições postas, estou acompanhando o eminente Relator, denegando a ordem”.

Contudo, nem sempre tem sido este o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca da matéria, como se vê, exemplificativamente, das seguintes decisões: “Agravado. Pedido de adoção com destituição de poder familiar. Processo extinto, com determinação de outras providências. Decisão híbrida. Princípio da fungibilidade que leva ao conhecimento do agravo. *Não se justifica, com os dados por ora disponíveis, a retirada de uma criança de três meses de idade dos braços maternos, contra a vontade da genitora.*

“*Conheceram do agravo e lhe deram parcial provimento para cassar a decisão recorrida, determinando que a menor seja entregue à mãe biológica e que prossiga o pedido de adoção formulado pelos agravantes, com as necessárias e urgentes avaliações*”. (Agravado de Instrumento nº 70006015903, 7ª Câmara Cível, Getúlio Vargas, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 09-04-03)

“*Apelação cível. Adoção. Tendo a genitora da menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (adoção intuitu personae), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato da adoção em si. Desproveram. Unânime*”. (Apelação Cível nº 70006597223, 7ª Câmara Cível, Santa Maria, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 13-08-03)

“*Adoção. Inexiste justificativa para a busca e apreensão do menor que já se encontra adaptado e em companhia dos autores desde seus dois dias de vida. Tendo os adotantes tomado para si os cuidados com a criança desde os seus primeiros dias, por vontade da própria mãe da criança, e estabelecido com ela o necessário e indispensável vínculo afetivo, descabe agora, transcorridos seis meses, o encaminhamento do menor ao abrigo por mero desrespeito à ordem do cadastro de habilitação. Recurso provido*”. (Agravo de Instrumento nº 70010461945, 7ª Câmara Cível, Camaquã, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 16-03-05)

Como se vê, a matéria encontra-se longe da pacificação. Contudo, entendo adequado que o CONSIJ fomente tal debate, buscando uma possível aproximação entre 1º e 2º Graus de Jurisdição, ainda que, por certo, preservada a independência do julgador de qualquer instância, garantia do jurisdicionado que vem, na atual quadra, sido constantemente ameaçada por conselhos e súmulas.

E isso porque pouca efetividade terá qualquer recomendação do CONSIJ que afronte entendimento diverso da instância superior.

Considerando-se, por fim, que este Conselho de Supervisão da Infância e da Juventude encontra-se prestes a completar dez anos de funcionamento, mostra-se oportuna a reflexão acerca dos resultados práticos de suas deliberações e orientações, bem como acerca da necessidade de maior integração entre 1º e 2º Graus de Jurisdição.

Por todo o exposto, SUGIRO: (a) o arquivamento do presente expediente, visto tratar-se de matéria jurisdicional cuja apreciação não compete ao CONSIJ, permanecendo o caso concreto *sub judice*; (b) o aprofundamento, pelo Conselho, da discussão acerca das medidas necessárias para que sejam evitadas as adoções *intuitu personae*, se possível com a participação de magistrados do 2º grau com competência para o julgamento da matéria; (c) elaboração e divulgação de enunciado que exprima as providências recomendadas pelo CONSIJ em tais situações.

É o parecer, *sub censura*.

Santa Maria, 20 de junho de 2005.

Luciano Barcelos Couto  
Juiz de Direito  
Juizado Regional da Infância e da Juventude  
da Comarca de Santa Maria

**ENUNCIADOS**



## **Novos Enunciados do CONSIJ**

### **Enunciado nº 03**

Lista de habilitados para adoção.

A inobservância da lista de habilitados para adoções pressupõe, inafastavelmente, a presença de alguma das situações previstas no art. 28, § 2º, do ECA, sob pena de busca e apreensão.

Deliberado na Reunião do CONSIJ, em 24-06-05.

### **Enunciado nº 04**

“A custódia de adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, em toda a fase pré-processual, aí incluído o lapso temporal entre o pedido de internação provisória e o decreto judicial, é atribuição da Polícia Civil, pois a privação da liberdade neste interregno não depende de ordem judicial, estando justificada pela apreensão em flagrante de acordo com o art. 106 do ECA”.

Deliberado na Reunião do CONSIJ, em 24-06-05.

