

Válter Kenji Ishida

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Doutrina e Jurisprudência

2023

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

23^a Edição

Revista, atualizada
e ampliada



caracterizam. A atividade desenvolvida como trabalho educativo tem por objetivo proporcionar ao adolescente a aquisição de uma habilidade ou o desenvolvimento de um dom, para que tenha condições futuras de, querendo, dele se utilizar como profissão, ocupação, trabalho. Exemplo: os programas voltados ao desenvolvimento musical de adolescentes, dança, pintura, restauração de objetos de arte, atividades de ensino de carpintaria, artesanato, mecânica etc. Não veda a obtenção pelo adolescente de remuneração nessa atividade, mas o escopo é essencialmente pedagógico.

Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

- I – respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
- II – capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

1. COMENTÁRIOS

Identicamente, previu a norma do art. 69 a garantia de direitos à profissionalização e à proteção no trabalho do adolescente. Deve-se considerar o adolescente como pessoa em desenvolvimento e prepara-lo através de capacitação profissional.

TÍTULO III Da Prevenção

Capítulo I Disposições gerais

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

1. COMENTÁRIOS

Introito. A partir dos horrores das duas grandes guerras mundiais, é que a sociedade do século XX começou a pensar sobre os seus próprios destinos. Disso resultou a elaboração de vários documentos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San Jose) (1969) e ainda a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989). Dessa forma, a humanidade começou a entender que haveria

necessidade de priorizar a criança, o cidadão do amanhã, ou seja, a base sobre a qual a sociedade irá se desenvolver. Daí a conclusão de que o tratamento dispensado às crianças e adolescentes, seria pautado através da doutrina da proteção integral, garantindo o efetivo exercício dos seus direitos fundamentais. Essa alteração de modelo foi incorporada pelo texto constitucional de 1988 e regulamentado pelo ECA. Nessa esteira da doutrina da proteção integral e cômico das influências ambientais, o legislador outorgou um cuidado especial de prevenção. Essa prevenção acabou sendo tratada nos arts. 70 a 73 (geral) e arts. 74 a 75 (especial). A regra do art. 70, muda a responsabilidade que antes era exclusiva do Estado, através do Código de Menores e passa para a ser compartilhada entre a família, a sociedade e o Poder Público (Ângela Maria Silveira dos Santos, *Prevenção*, p. 346-349, “in” *Curso de direito da criança e do adolescente...*).

Prevenção é o ato de prevenir, ou seja, tratar de evitar a ameaça ou a própria violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Nesse diapasão, a parte geral do ECA se encerra com o título III que trata da prevenção. Pode-se concluir que referido título trata da prevenção geral e da prevenção especial. O termo “prevenção” é mencionado no anexo Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), no número I, como modo de prevenção da delinquência juvenil. O número III fala em “prevenção geral.” A prevenção geral trata de regras *gerais* de proteção principalmente relacionadas à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços (art. 71). A prevenção especial trata de especificar as vedações à criança ou ao adolescente, principalmente no que concerne às diversões infanto-juvenis. Desde a edição do anterior **Código Mello Mattos de 1927**, que por sinal sofreu intensa resistência, o legislador menorista passou a interferir na diversão da criança e do adolescente. Na parte da prevenção especial, importa destacar o descumprimento da norma. A **parte geral** da lei menorista estabelece **regras de conduta da diversão da criança ou adolescente**. Com o seu descumprimento, surgem instrumentos explícitos ou imediatos e implícitos ou mediatos na Parte Especial. Os explícitos surgem na medida em que a conduta se amolda ou tipifica em um tipo criminal ou administrativo. Dessa forma, violada a norma, surge uma atuação específica e explícita do Poder Público (no caso o Poder Judiciário), com a possibilidade de aplicação de uma sanção previamente estabelecida no preceito secundário da norma da parte especial. Por outro lado, existem determinadas condutas ilícitas que não são catalogadas nas infrações penais ou administrativas. Nem por isso, devem as mesmas estar desprotegidas. Exemplo: o art. 78 veda a venda de revista pornográfica sem a respectiva embalagem lacrada. Existe uma proteção imediata da norma do art. 257. Todavia, e o que dizer de exposição em banca de jornal de cartazes mostrando explicitamente modelos com as partes pudicas expostas? Não há especificamente um tipo administrativo a essa conduta. Todavia, não deixa de ser uma conduta ilícita,

podendo ser combatida através de outros instrumentos como a ação civil pública. Trata-se especificamente de instrumento implícito. Aliás, tais instrumentos, por vezes, se mostram mais eficazes do que os clássicos (crimes/infrações).

Assim objetivou o legislador conscientizar a **sociedade** e o **Estado** no que concerne à preservação dos direitos da criança e do adolescente. Como assinalado, o servidor público possui a obrigação de comunicar qualquer irregularidade nessa matéria, sob pena de cometimento de infração.

2. DEVER DE EVITAR PRESENÇA DE ADOLESCENTE EM LOCAL DE JOGO DE BILHAR

Foi o que decidiu o TJSP quanto ao responsável por jogo de bilhar, devendo obedecer ao estatuído no art. 70: “Infração – Estabelecimento comercial autuado em virtude da presença de adolescente no recinto, jogando bilhar – Auto de Infração formalmente perfeito – Artigo 70 do ECA – Dever de vigilância compete ao responsável pelo estabelecimento – Negado provimento ao recurso. (...) Compete, entretanto, ao responsável pelos estabelecimentos que explore comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres cuidar para que **não seja** permitida a entrada e permanência de crianças e adolescentes no local (artigo 80 do ECA). O Estatuto atribuiu ao responsável o dever de vigilância, e, portanto, sua falha não pode ser arguida em benefício próprio. O apelante inobservou o dever geral de prevenir ocorrência de ameaça ou violação aos direitos de adolescentes (artigo 70 do ECA). (TJSP, Apelação Cível nº 24.191-0/6, da Comarca de Guararapes – Apelante H. F. A. D. S. – ME – Apelado MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Guararapes – v. u. – j. 10-8-1995 – Rel. Carlos Ortiz).

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

I – a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II – a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com

os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

III – a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

IV – o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

V – a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo;

VI – a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

VII – a promoção de estudos e pesquisas, de estatísticas e de outras informações relevantes às consequências e à frequência das formas de violência contra a criança e o adolescente para a sistematização de dados nacionalmente unificados e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

VIII – o respeito aos valores da dignidade da pessoa humana, de forma a coibir a violência, o tratamento cruel ou degradante e as formas violentas de educação, correção ou disciplina;

IX – a promoção e a realização de campanhas educativas direcionadas ao público escolar e à sociedade em geral e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, incluídos os canais de denúncia existentes;

X – a celebração de convênios, de protocolos, de ajustes, de termos e de outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais, com o objetivo de implementar programas de erradica-

ção da violência, de tratamento cruel ou degradante e de formas violentas de educação, correção ou disciplina;

XI – a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros, dos profissionais nas escolas, dos Conselhos Tutelares e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas referidos no inciso II deste **caput**, para que identifiquem situações em que crianças e adolescentes vivenciam violência e agressões no âmbito familiar ou institucional;

XII – a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana, bem como de programas de fortalecimento da parentalidade positiva, da educação sem castigos físicos e de ações de prevenção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente;

XIII – o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, dos conteúdos relativos à prevenção, à identificação e à resposta à violência doméstica e familiar.

Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção.

1. COMENTÁRIOS

Prevê o art. 70-A que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão **atuar** de modo articulado para elaboração de **políticas públicas** e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante. Também incumbe a referidos entes difundir formas não violentas de educação de crianças e adolescentes. Nos incisos I a VI, especificam-se as ações, podendo citar *v. g.* a promoção de campanhas educativas (inciso I). Nesse caso (violência) mas em qualquer outro mencionado no ECA, possui o Judiciário legitimidade para decidir no caso de omissão do Poder Público, não configurando violação ao princípio de separação de poderes (STF, ARE 1082233/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/11/2017).

Lei Henry Borel. A Lei nº 14.344/2022, conhecida como Lei Henry Borel, acrescentou os incisos VII a XII ao art. 70-A do ECA. Assim, as políticas públicas municipais, estaduais, do Distrito Federal e da União deverão por exemplo, realizar a celebração de convênios entre órgãos governamentais ou entre órgãos governamentais e entidades não governamentais, objetivando a criação de programas de erradicação da violência (inc. X). Destaque também para a inclusão nos currículos escolares de temas relacionados à violência doméstica e familiar (inc. XII).

Art. 70-B. As entidades, públicas e privadas, que atuem nas áreas da saúde e da educação, além daquelas às quais se refere o art. 71, dentre outras, devem contar, em seus quadros, com pessoas capacitadas a reconhecer e comunicar ao Conselho Tutelar suspeitas ou casos de crimes praticados contra crianças e adolescentes.

Parágrafo único. São igualmente responsáveis pela comunicação de que trata este artigo, as pessoas encarregadas, por razão de cargo, função, ofício, ministério, profissão ou ocupação, do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes, punível, na forma deste Estatuto, o injustificado retardamento ou omissão, culposos ou dolosos.

1. COMENTÁRIOS

As entidades que trabalhem com informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços devem possuir funcionários **capacitados** de aferir crimes contra crianças ou adolescentes. A Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022, retificou o *caput* para abranger qualquer crime praticado contra crianças ou adolescentes e não apenas maus tratos. Assim, deve haver notificação, p. ex., ao Conselho Tutelar de suspeita de abuso sexual contra uma criança. Além disso, inclui a responsabilidade das entidades da área da saúde e da educação.

O parágrafo único ressaltou a responsabilidade de comunicação das pessoas encarregadas do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes. Havendo a posição de garante na forma do art. 13, § 2º, do CP, a omissão imprópria leva à responsabilização pelo crime de maus-tratos (art. 136, do CP).

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

1. COMENTÁRIOS

Prevê o legislador o direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos, seguindo-se normatização dos arts. 74 a 80. Assim, as diversões e os espetáculos são regulamentados pelo Poder Público. Desde a edição do **Código Mello Matos**, o legislador passou a disciplinar o acesso da criança e do adolescente à diversão pública. A Convenção da ONU sobre os direitos da criança prevê em seu art. 31, item 1: “Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e

ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.” O art. 13, item “4” do Pacto de San Jose da Costa Rica prevê ainda: “A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.” Na verdade, esse direito da criança e do adolescente conhece uma limitação, em razão dessa condição peculiar, prevista no art. 71 do ECA.

De outro modo, prevê o direito a produtos e serviços, também os limitando por meio de regulamentação dos arts. 81 e 82. Incluem-se entre os produtos **revistas e publicações** e, entre os serviços, os de hospedagem. O requisito é que tal acesso se faça mediante a consideração de que se trata de pessoa em desenvolvimento. Isso se refere à falta de capacidade parcial ou total para entender determinados fatos.

2. PRODUTOS E SERVIÇOS ADEQUADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

As crianças devem possuir o direito aos produtos e serviços, como, por exemplo, o consumo de lanches *fast food*, mas adequados ao seu processo de desenvolvimento. Em grande parte dos casos, o menor de 18 anos não possui formação crítica suficiente em razão da sua falta de maturidade para selecionar o que realmente pode ser bom ou não para sua faixa etária. Um dos exemplos mais comuns na sociedade moderna brasileira são os brinquedos vendidos com sanduíches ou pratos em *fast food*. Normalmente a criança nem deseja se alimentar do produto (que se diga de passagem muitas vezes não é saudável) e força os pais a adquirirem o produto. Trata-se da chamada “venda casada”, onde para se levar o brinquedo, deve-se adquirir o produto alimentício. Trata-se claramente de uma distorção do *marketing*, sendo claramente apelativo. Pensando nessa questão, existe em tramitação na Assembleia Legislativa de São Paulo o projeto de Lei nº 1.096/2011 que cria uma infração administrativa em que se proíbe a venda de alimentos acompanhados de brinquedos ou brindes (art. 1º), sendo que a violação é sujeita às sanções do art. 56 do CDC (multa, apreensão de produtos etc.).

Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

1. COMENTÁRIOS

Objetivou o legislador não elidir nenhum outro direito afeto à criança e ao adolescente, ficando este também resguardado pela prevenção especial.

Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

1. COMENTÁRIOS

A omissão no que concerne à **prevenção** abrange a responsabilização de duas maneiras: (1) quanto à **responsabilidade da pessoa jurídica**, por exemplo, o ente governamental responsável pela elaboração de um programa afeto à infância e juventude; (2) quanto à **responsabilidade da pessoa física**. Abrange a responsabilidade do governante como pessoa sujeita à perda do cargo por crime de responsabilidade bem como a condenação a ressarcir pela ação ou omissão efetivada.

Sobre o assunto, v. ainda art. 54, itens 4 e 5.

Capítulo II

Da prevenção especial

Seção I

*Da informação, cultura, lazer, esportes,
diversões e espetáculos*

1. COMENTÁRIOS

Prevenção geral e prevenção especial. Dentro da doutrina da proteção integral, fez-se uma divisão entre a prevenção geral acima mencionada e a prevenção especial. A diferença clara entre as duas está na estipulação de regras gerais na prevenção geral e na especificação de regras nesta última. Assim, com base em identificar aspectos nocivos da informação e diversão infanto-juvenil, o legislador formulou regras pormenorizadas sobre estas. A normatização específica nem é novidade, porque já era trazida à baila no Código Mello Mattos e no Código de Menores de 1979. Na parte especial, traz o ECA importante destaque aos meios de comunicação, procurando regulamentar o seu impacto na criança e no adolescente.

Prevenção primária, secundária e terciária. Há quem entenda existir uma outra classificação na lei menorista. Assim, a prevenção primária cuidaria de medidas que garantam os direitos fundamentais, incluindo a saúde, educação etc. Também existiria a prevenção secundária que cuidaria da criança e do adolescente, da sua família (natural ou extensiva), além do relacionamento com os Conselhos Tutelares. Por fim, se materializaria nas chamadas medidas socioeducativas (cabíveis ao

1. COMENTÁRIOS

As normas da lei da ação civil pública aplicam-se aos procedimentos afetos à Infância e Juventude. Assim, por exemplo, a possibilidade de ação cautelar prevista na Lei nº 7.347/85 aplica-se aos procedimentos da Infância e Juventude.

TÍTULO VII Dos Crimes e das Infrações Administrativas

Capítulo I Dos crimes

Seção I Disposições gerais

Art. 225. Este Capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal.

1. COMENTÁRIOS

A Constituição Federal em seu art. 227, § 4º, dispõe que a “lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Trata-se da preservação da dignidade da criança e do adolescente, com a preocupação de sua vulnerabilidade. É o chamado *mandado constitucional de tutela* penal, ou seja, uma ordem do legislador constitucional para a criminalização de condutas que atinjam a criança ou o adolescente. Trata-se da proibição de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*) (STF, HC nº 102.087/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/02/2012). O ECA dispôs especificamente sobre os delitos cometidos vitimizando criança ou adolescente. Como já se mencionou anteriormente, a estipulação de crimes contra criança e adolescente integra o perfil do ECA: na parte geral estipula direitos fundamentais e na parte especial, instrumentos de efetivação desses direitos. Ressalte-se, contudo, que não se pode afirmar que a tutela penal infanto-juvenil se restrinja ao ECA. Com efeito, existem outros dispositivos penais a tutelar o direito da criança e do adolescente. Nesse sentido, pode-se mencionar os próprios crimes sexuais contra vulnerável estipulados no Capítulo II do Título VI do Código Penal. A lei também foi redundante porquanto toda conduta típica na esfera penal abrange uma ação (ato comissivo) ou uma omissão (ato omissivo).

2. PROMOTOR QUE VERIFICA *NOTITIA CRIMINIS* DE DELITOS CONTRA A CRIANÇA E A NATUREZA DESTA INVESTIGAÇÃO

Não necessita requisitar a instauração de inquérito policial. Pode instaurar, sob sua presidência, sindicância de caráter investigatório para apuração do fato. (V. Ministério Público do Estado de São Paulo, 1993: art. 201, VII). Atente-se que nesse caso, o Promotor natural é o criminal e não o da infância e da juventude. Outra opção atualmente, além da sindicância, é do PIC (procedimento de investigação criminal) a cargo também do membro do MP.

3. DELEGACIA ESPECIALIZADA DE CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Poderá ser criada pelo Poder Executivo (art. 20, *caput*, da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Deverão ser criadas equipes multidisciplinares para assessorar essas delegacias especializadas (art. 20, § 1º da referida Lei).

4. VARAS ESPECIALIZADAS EM CRIMES CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Os Tribunais de Justiça poderão propor às Assembleias Legislativas, a alteração da Lei de Organização Judiciária, com o escopo de criação de varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. Até que ocorra essa implantação, a competência será das varas de violência doméstica (art. 23 da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017).

Art. 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.”

1. COMENTÁRIOS

A regra *supra* é decorrência do art. 12 do CP, e do art. 1º do CPP. A parte geral do Código Penal aplica-se no que concerne à prescrição, ao local do crime

etc., ao passo que o Código de Processo Penal regulamenta os ritos. Nesse diapasão, os crimes contra a dignidade sexual previstos em legislação especial, possuem prescrição contada a partir da maioridade da criança ou adolescente, salvo se já foi iniciada ação penal (art. 111, V, do CP). Não existe no ECA, um procedimento especial, devendo-se aplicar o procedimento comum de acordo com a pena máxima cominada: rito comum quando a pena máxima for igual ou superior a quatro anos; rito sumário quando a pena máxima for inferior a quatro anos e superior a dois anos; rito sumaríssimo do juizado especial criminal quando a pena máxima for até de dois anos (art. 394 do CPP).

Direito negocial. Cresce no direito penal brasileiro a possibilidade de acordo entre o MP e o réu. (1) Direito anterior à denúncia. Inclui a transação penal (se o delito tiver pena máxima de até 2 anos) e atualmente o acordo de não persecução penal (ANPP) para os crimes com pena mínima inferior a 4 anos e cometidos sem violência ou grave ameaça.

Vedação do direito negocial às hipóteses de violência contra criança ou adolescente. Art. 226 do ECA. A alteração promovida pela Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022 (Lei Henry Borel) vedou a transação penal e a suspensão condicional do processo no caso de crimes contra criança e adolescente. Isso nos moldes da vedação da transação e suspensão condicional do processo no caso de violência doméstica contra mulher. Também estipula referida Lei a vedação de pena de cesta básica ou de outras formas de prestação pecuniária e a substituição de pena que implique pagamento isolado de multa.

Esse parágrafo 2º levará a duas interpretações acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito:

(1) Admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mas veda-se a substituição mencionada no parágrafo. Isso porque existe violência (real ou presumida e de outras formas, como a psicológica). O art. 152, ao tratar da **limitação de fim de semana** (arts. 43, VI, e 48 do CP afirmou que “Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança, o adolescente e a mulher e de tratamento cruel ou degradante, ou de uso de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação” (art. 152, parágrafo único da LEP, alterado pela Lei nº 14.344/2022), ou seja, explicitamente permitiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

(2) Não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Tratando-se de proteção especial, aplica-se por extensão a Súmula nº 588 do STJ: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”. Além disso, o próprio

artigo 33 da Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022 permite a aplicação subsidiária da Lei nº 11.340/2.006.

Art. 227. Os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada.

1. COMENTÁRIOS

O ECA segue a regra penal geral que é a de ação penal pública incondicionada no caso de inexistir norma expressa dizendo que o delito exige representação ou se processa por meio de queixa-crime. Desnecessária tal regra, porque é sabido que a ausência de regramento de ação penal induz à ação penal pública incondicionada.

2. COMPETÊNCIA “RATIONE MATERIAE” PARA JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Ordinariamente, compete ao juiz dos juizados especiais criminais julgar os crimes contra a criança e adolescente com pena máxima de até dois anos (art. 61 da Lei nº 9.099/95) e aos juízes criminais, julgar os demais crimes. A questão aqui tratada incide na possibilidade de lei estadual alterar essa competência, passando a competência criminal (com exceção da competência do JECRIM) para as varas da infância e da juventude. Nessa hipótese, o art. 148 do ECA que definiu a competência da matéria da vara da infância e da juventude não previu essa competência criminal. Dessa forma, ao não prever essa competência, poderia haver modificação por lei estadual?

Embora possuam como sujeito passivo a criança ou o adolescente, os delitos são de competência da Vara Criminal da Comarca relacionada. (TJMG, Número dos autos 1.0000.08.477068-4/000(1), Rel. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, j. 7-10-2008). Aliás, sobre a competência da Vara Criminal, já discorreu José Luiz Mônaco da Silva (1994:389): “Os delitos dos arts. 228 *usque* 244 são, com a devida vênia, da competência da Justiça Criminal, por duas razões irretorquíveis: 1) nos dias hodiernos, a autoridade judiciária, à medida que se especializa em determinada área da ciência jurídica, fica menos propensa a ter suas decisões reformadas em segunda instância; 2) o art. 148 do ECA não contempla, ainda que implicitamente, a competência da Justiça da Infância e Juventude para o processo e julgamento dos mencionados crimes.”

A par da respeitável opinião de Mônaco acima citada, cremos que a competência criminal pode ser **alterada**, desde que não viole o princípio do *juiz natural*. Para isso, qualquer alteração de competência, deve-se balizar em alteração da lei *stricto sensu*, não podendo ser feita diretamente através de resolução do tribunal. Isso consoante

decisão do CNJ, PCA nº 0000678-59.2011.2.00.0000: “*Não poderia, portanto, um ato administrativo do Tribunal de Justiça alterar a competência definitiva de uma Vara de Execuções contrariando disposição legal. Por outro lado, o legislador em momento algum delegou sua competência legislativa ao Tribunal para disciplinar as atribuições das Varas de Execução Penal.*” No caso do RS, houve essa delegação da Lei Estadual nº 12.913/2008, que inseriu o § 3º ao art. 2º da Lei Estadual 9.896/1993, permitindo a ampliação da competência dos juizados da infância e da juventude pelo Conselho da Magistratura: “§ 3º Poderá o Conselho da Magistratura, excepcionalmente, atribuir competências adicionais, e que digam respeito à matéria de Direito de Família, que diretamente envolva interesse de criança ou adolescente, ou de processar e julgar os crimes tipificados nos arts. 129, 136, 213, 214, 215, 216-A, 218, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 231-A, 232, 233 e 234, todos do Código Penal Brasileiro, além dos arts. 240 e 244-A, ambos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, e, finalmente, art. 1º da Lei Federal nº 9.455, de 7 de abril de 1997, ressalvada a competência do Juizado Especial Criminal, em que sejam vítimas crianças ou adolescentes.” Por maioria de votos, foi julgado improcedente o incidente de inconstitucionalidade (TJRS, Órgão Especial, Processo nº 70042148494). Assim, tratando-se de matéria procedimental e não processual, possível essa alteração de competência criminal, desde que autorizada por lei estadual, ressaltando-se que nosso entendimento é de que o rol do art. 148 não é exaustivo e sim exemplificativo. Todavia, em decisão diametralmente oposta o Min. Gilson Dipp entendeu que embora competente o Tribunal para disciplinar a organização judiciária, não pode modificar competência estabelecida em lei federal. (STJ, HC 216.112/RS, DJe 5.9.2012). O STJ modificou novamente esse entendimento. Com base no HC nº 113.102/RS do STF, a Min. Laurita Vaz do STJ admitiu a competência através de lei estadual (HC nº 219.218/RS, j. 17-9-2013). Contra, entendendo que o art. 148 não previu especificamente a permissão para a criação de varas especializadas para feitos criminais contra a criança ou adolescente: STJ, RHC 37.603/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 16-10-2013. Em 26.8.2014, no HC nº 238.110, o Min. Rogerio Schietti Cruz entendeu que a lei estadual pode conferir poderes ao Conselho da Magistratura para excepcionalmente atribuir a competência no caso de crimes contra a dignidade sexual aos Juizados da Infância e da Juventude. A questão ainda não está pacificada. No Paraná, o TJPR entendeu competente vara especializada em crimes contra a criança e adolescente especificados no ECA (competência essa fornecida via resolução) em detrimento da vara do juizado especial criminal, entendendo que não existe uma competência absoluta do juizado, aplicando-se o princípio da prioridade absoluta: “E, consoante Valter Kenji Ishida, ‘a prioridade absoluta significa primazia, destaque em todas as esferas de interesse, incluindo a esfera judicial, extrajudicial ou administrativa’ (in Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Ed. Atlas – 2010 – p. 6/7). Ora, diante disso, inquestionável que a competência de uma

vara especializada em crimes contra crianças e adolescentes deve prevalecer sobre a do Juizado Especial...” (TJPR Conflito de Competência nº 1.382.061 – Rel. Rogerio Kanayama – j. 23.07.2015). Mas a tendência é de se admitir essa competência por exemplo pelo Juizado da Infância e da Juventude, não se constituindo o rol do art. 148 do ECA, taxativo. Nessa linha, o STJ: “Conforme decisões das Turmas que compõem a Terceira Seção, unificou-se o entendimento, na linha dos precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, de ser possível atribuir-se ao Juizado da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes” HC 316.292/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 20/09/2016, DJe 06/10/2016). No mesmo trilhar, STJ, REsp 1448590, Min. Antonio Saldanha Palheiro, decisão monocrática de 14.12.2017. Ratificando esse entendimento, a seguinte tese do STJ: “É facultado aos Tribunais de Justiça atribuir às Varas da Infância e da Juventude competência para processar e julgar crimes de natureza sexual praticados contra crianças e adolescentes” (Edição nº 151 – 12.06.2020). Esse entendimento também é do STF: “É constitucional lei estadual que confere poderes ao Conselho da Magistratura para atribuir aos juizados da infância e juventude competência para processar e julgar crimes de natureza sexual praticados contra criança e adolescente, nos exatos limites da atribuição que a Constituição Federal confere aos tribunais” (HC 113018/RS, 2ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 29.10.2013).

Competência: crimes contra criança e adolescente, mas em situação de vulnerabilidade. Em Alagoas, existem varas especializadas para esses crimes, mas exigindo-se situação de vulnerabilidade. Interpretando a Lei nº 7.324/2012, tal tribunal entendeu que a vulnerabilidade inclui situação de violência física ou emocional, excluindo situação de roubo contra menor de 18 anos (TJ-AL – CJ: 05000666720158020000 AL 0500066-67.2015.8.02.0000, Relator: Des. Sebastião Costa Filho, Data de Julgamento: 04/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/08/2015). Igualmente em caso de violência doméstica envolvendo agressões de genitora contra a filha (criança), existe situação de vulnerabilidade, preponderando a vara especializada de crimes contra a criança e adolescente sobre a vara de violência doméstica (TJMG, Conflito Negativo de Jurisdição (Competência) 1.0000.19.047585-5/000, Rel. Des.(a) Júlio César Lorens, j. 23/07/2019, DJe 29/07/2019).

3. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA QUALIDADE DO DELITO

Normalmente, compete à justiça estadual julgar os crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Somente cabe à justiça federal julgar os crimes do ECA incidindo as hipóteses do art. 109 da CF. Assim, “Compete à Justiça Federal processar e julgar réus acusados de crimes contra menores praticados no interior de *campus* de Universidade Federal, uma vez que agindo eles na condição de vigias

do local, atingiram com sua ação delituosa interesses da autarquia federal” (TRF4 – APELAÇÃO CRIMINAL: ACR 11.209 SC 1998.04.01.011209-4, j. 8-6-1999, Publicação: DJ 18-8-1999, p. 552).

4. DEPOIMENTO SEM DANO

A Lei nº 13.431/2017 disciplinou o depoimento sem dano. A previsão está nos arts. 7º a 12 da referida lei, A criança ou adolescente será resguardada de qualquer contato com o acusado ou com qualquer pessoa que represente uma ameaça a ela (art. 9º). O procedimento a ser seguido é do CPP, dependendo da pena máxima, pode ser o rito ordinário, sumário e sumaríssimo. Nele, pode o julgador se utilizar da técnica do depoimento sem dano para oitiva da vítima criança ou adolescente. Sobre o tema, existe a Recomendação 33 do CNJ, a respeito da oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência nos processos judiciais. Utiliza-se a intermediação de psicólogos e salas especiais (com ambiente diferente), sendo que a experiência maior está ocorrendo no Rio Grande do Sul. A Comarca de Natal-RN foi a primeira do Nordeste a adotar tal procedimento: Na sala de audiências da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Natal, a sala onde será ouvida o menor possui um ambiente diferente. A vítima conversa tranquilamente com uma psicóloga. Por vezes, a criança ou adolescente resiste a algumas indagações, mas se mostra acessível às intervenções da profissional. Na sala vizinha, o juiz, o promotor, o defensor e o próprio acusado observam atentos ao diálogo (o réu está em posição contrária à veiculação em tempo real do vídeo, mostrando o diálogo com o menor) (Disponível em: www.tribunadonorte.com.br). *Audiência na Itália*. Na seara criminal, o depoimento de criança ou adolescente vítima de abuso sexual é feito como medida cautelar, com a presença de um perito. Dessa forma, na segunda fase do processo, é dispensada nova oitiva. Se necessário, faz-se a oitiva desse perito que participou da oitiva.

Procedimento do depoimento de ofendido criança ou adolescente vítima de violência. No caso p. ex. de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), aplicar-se-á o depoimento especial, ou seja, o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (art. 8º da Lei nº 13.431/2017). Será realizado em local apropriado e acolhedor, garantindo a sua privacidade (art. 10). A ideia é a realização uma única vez (e não sob o sistema de repetição de provas) como antecipação da prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado (art. 11, *caput*). O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova: I – quando a criança ou adolescente tiver menos de 7 anos em qualquer caso; II – em caso de violência sexual, abrangendo criança e adolescente. (art. 11, § 1º, I e II). No caso de jovem entre 18 e 21 anos, a aplicação será facultativa (art. 3º, parágrafo único). O depoimento especial incluirá: I – esclarecimentos para criança e adolescente; II – narração livre (sem necessidade de se forçar a “objetividade”); III – transmissão para sala de audiência (o depoimento será tomado em sala separada);

IV – consulta ao MP, Defensor e Assistentes Técnicos para perguntas complementares, organizadas em bloco (de uma vez só); V – Adaptação da linguagem do profissional especializado para melhor compreensão da criança ou adolescente; VI – gravação em áudio e vídeo. Se quiser, a vítima ou testemunha de violência poderá prestar o depoimento diretamente ao juiz. O juiz deverá tomar as providências para garantir a privacidade e a intimidade da vítima ou testemunha. O profissional especializado deverá analisar a nocividade da presença do autor da violência na sala de audiência. O juiz, no caso de risco à vida ou integridade, tomada as medidas de proteção cabíveis. O depoimento pessoal tramitará em segredo de justiça (art. 12). No caso do Estado de São Paulo, várias varas criminais estão realizando a oitiva das vítimas através do procedimento estipulado na Lei nº 13.431/2017.

Violência doméstica e familiar contra criança ou adolescente. Prevê o art. 11 da Lei nº 14.344/2022 que a autoridade policial tomará as providências cabíveis. Dentre ele o depoimento pessoal (art. 11, parágrafo único da Lei nº 14.344/2022).

Segredo de justiça. O segredo de justiça abrange os delitos previstos no ECA e visam à proteção da criança e do adolescente (intimidade) em razão do disposto nos arts. 1º e 2º da Resolução 121/2010 do CNJ. Assim, não constitui violação ao direito de intimidade a indicação no sítio eletrônico da Justiça Federal do nome do acusado maior de idade (STJ, RMS 49.920/SP, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 02/08/2016, DJe 10.08.2016).

Diferença entre depoimento especial e escuta especializada.

Escuta especializada. Sobre a escuta especializada, o art. 7º da Lei prevê: “Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.” A atuação é em rede, abrangendo um suporte de educação, saúde etc. Possui o escopo de apurar a situação da criança ou do adolescente e a decisão sobre qual medida protetiva seria a mais adequada. Objetiva o planejamento adequado sobre a criança ou adolescente. O objetivo é a garantia da proteção (avaliação protetiva). Aferição da medida adequada: medida protetiva ou eventualmente, a colocação em família substituta ou acolhimento institucional. Preferencialmente, deve-se buscar e tentar manter a criança ou adolescente em sua família natural, ou ao menos, em sua família extensa.

Depoimento especial. E sobre o depoimento especial, prevê referida lei: “art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”. Então: (1) escuta: na fase policial, oitiva da criança ou adolescente pelo órgão da rede, ao invés da oitiva pela polícia (Processo 0006858-45.2016.8.26.0565 da 1ª Vara de São Caetano do Sul, Estado de São Paulo); oitiva através do caso da vara da infância e da juventude, oitiva pós-depoimento especial. (2) depoimento especial: oitiva em juízo ou na delegacia, mas feito de uma forma especial, com “rapport” etc.

Interpretação extensiva do depoimento e da escuta. Os casos de depoimento e escuta não se limitam à hipótese em que a criança ou adolescente seja vítima de violência sexual (art. 11, II, da referida Lei), apesar da Lei da “escuta” trazer elementos que muito lembra o procedimento processual penal como o ato de evitar o contato autor ou acusado (art. 9º da Lei), norma essa semelhante a do art. 217 do CPP. Pode abranger casos de “violência” psicológica (art. 4º, II, alínea *a*, da Lei). P. ex. no caso de alienação parental na Vara da Família, em que se poderá usar o recurso do art. 12 da Lei, para que o Juiz possa efetivamente aferir a existência ou não dessa alienação promovida por um dos pais. Também, como a própria lei faz alusão à criança ou adolescente testemunha de violência (art. 8º), é possível um depoimento no inquérito ou em juízo nesses moldes. É o caso de criança que presencia um homicídio. Nesse caso, é possível o depoimento nos moldes do artigo 12 da referida Lei. Também é possível utilizar-se apenas a escuta especializada como prova no caso de abuso sexual de criança de tenra idade, quando por vezes, o próprio depoimento se mostrar inviável. É lógico que essa escuta deverá ser reforçada por outras provas como o testemunho da genitora.

Art. 227-A. Os efeitos da condenação prevista no inciso I do caput do art. 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para os crimes previstos nesta Lei, praticados por servidores públicos com abuso de autoridade, são condicionados à ocorrência da reincidência.

Parágrafo único. A perda do cargo, do mandato ou da função, nesse caso, independerá da pena aplicada na reincidência.

1. COMENTÁRIOS

Regra: o efeito administrativo depende da reincidência do servidor público:

Natureza jurídica. A menção do artigo 227-A se refere ao efeito administrativo da sentença penal condenatória, incluindo a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo.

Crimes abrangidos no ECA. Ao se referir “nesta Lei”, logicamente o legislador está se referindo aos crimes do ECA e não da Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/19). São os crimes do ECA praticados por servidor público: arts. 230, 231, 232, 234, 235. Existe nesse caso, uma similaridade dos crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade e no ECA, ou seja, existe previsão em ambos os dispositivos legais.

Exigência da reincidência. Nesse caso, exige a Lei, apenas a reincidência. Como não existiria especificação no texto da lei, a reincidência seria genérica, podendo o crime anterior ser culposo. Quando o legislador tencionou explicitar a reincidência específica, cita logo após a expressão “reincidência” uma característica a mais, um *plus*. P. ex. o art. 112, da LEP que trata da progressão de regime, ao mencionar o

reincidente, logo após a expressão “reincidente” fala “em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça” (art. 112, inc. II, da LEP). O art. 227-A, do ECA não possui esse *plus*, logo tratar-se-ia da reincidência genérica.

Mas, em uma análise teleológica, a reincidência seria **específica** quanto aos delitos dos arts. 230, 231, 232, 234 e 255. Com efeito, o legislador quis dar uma segunda chance ao funcionário público. Na primeira vez, não teria como efeito administrativo a perda do cargo. Somente na segunda, havendo reiteração (e reincidência específica) é que seria merecedor da perda do cargo.

Quantidade da pena aplicada em sentença. O parágrafo único é claro ao afirmar que não se exige um mínimo da pena tal qual o art. 92, I, “a” e “b”, do CP. Exige-se tão somente a reincidência genérica.

Seção II

Dos crimes em espécie

1. COMENTÁRIOS

A sistematização dos tipos penais inclinou-se da seguinte maneira: (1) arts. 228 e 229: tratam de delitos ligados a hospitais, centros de saúde etc.; (2) arts. 230 a 235: tratam de delitos vinculados aos procedimentos relacionados a atos infracionais e pessoas envolvidas nos mesmos: policiais civis e militares, delegados de polícia, juízes, promotores de justiça etc.; (3) art. 236: trata de criminalização visando facilitar as funções da autoridade judiciária, do membro do Conselho Tutelar e ainda do membro do Ministério Público; (4) arts. 238 e 239: tratam de infrações vinculadas a colocação irregular em família substituta; (5) arts. 240 a 244-E: tratam de outros assuntos.

Sujeito passivo emancipado. Mesmo emancipado o adolescente na figura de ofendido, permanece a sua condição de vítima. Trata-se de adoção do critério biológico (idade real) (Rafael Schwez Kurkowski, *Leis penais comentadas, criança e adolescente – Lei nº 8.069/1990*, p. 515).

2. CRÍTICA AOS TIPOS PREVISTOS NO ECA

Para Alberto Silva Franco e Sebastião Oscar Feltrin (1995:371, item 3): “Os tipos montados no Estatuto da Criança e do Adolescente não primam pela clareza descritiva: são compostos, muitas vezes, com cláusulas gerais e, não raro, lesam o princípio da legalidade, de inequívoca conotação constitucional.”

A imprecisão técnica, em desrespeito ao princípio da legalidade é uma das características do direito penal brasileiro, não ficando alheio à parte menorista.