

**EXMO. SR. PRESIDENTE DO FÓRUM NACIONAL DE JUSTIÇA
PROTETIVA – FONAJUP.**

Venho, por meio do presente, requerer à Vossa Excelência a inclusão da proposta de enunciado, em anexo, no V Fórum Nacional da Justiça Protetiva - FONAJUP, a ser realizado na cidade de Bonito-MS, no dia 30/05/2018, para conhecimento, deliberação e votação.

Renovo, desde já, protesto de elevado apreço e consideração.

Valença, 24 de maio de 2018.



DANIEL KONDER DE ALMEIDA
Juiz de Direito – TJ/RJ

Fórum Nacional de Justiça Protetiva – FONAJUP

Presidente Sérgio Luiz Ribeiro de Souza.

Sugestões de texto para Enunciado sobre o art. 19-b, §2º do ECA.

- a) “O art. 19-b, §2º, do ECA não veda a participação de pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção. ”
- b) “O art. 19-b, §2º, do ECA amplia as possibilidades de apadrinhamento, permitindo que pessoas não habilitadas à adoção pelo Poder Judiciário possam apadrinhar crianças e adolescentes em situação de risco. ”.
- c) “O art. 19-b, §2º do ECA, visando promover a máxima efetividade dos direitos fundamentais de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes relativiza as regras de habilitação para o programa de apadrinhamento. ”.
- d) “O art. 19-b, §2º, do ECA tem por finalidade impedir a burla ao Cadastro Nacional de Adoção e não restringir a participação de pessoas inscritas no cadastro apadrinhar crianças e adolescentes. ”
- e) “Pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção, em respeito aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, poderão participar dos programas de apadrinhamento, desde que sua participação não implique em ofensa ao princípio da isonomia e burla ao CNA. ”.



TEXTO LEGAL

Art. 19-b, [§ 2º](#). Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.

JUSTIFICATIVA

O presente enunciado tem por escopo esclarecer o sentido da norma prevista no art. 19-B, §2º, do ECA, introduzido pela Lei nº 13509/2017, buscando a interpretação que melhor se amolde à efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Tal mecanismo hermenêutico se faz necessário diante do surgimento de corrente interpretativa que afasta a possibilidade de pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), com o advento do novo texto normativo, de apadrinharem crianças e adolescentes em situações de risco.

A referida corrente se baseia especialmente no significado da palavra “podem” o qual acredita traduzir necessariamente o sentido de “devem”, à semelhança da interpretação que usualmente é dada no Direito Penal. É a utilização “in natura” do conhecido brocardo jurídico: “onde se está escrito “pode” deve o juiz interpretar como ‘deve ‘.

Deste modo, amparado sob este viés interpretativo, deveriam ser padrinhos de crianças e adolescentes apenas pessoas que não estejam inscritas no CNA.

Todavia, s.m.j, não parece ser esta a melhor interpretação do texto legal, tanto do ponto de vista da hermenêutica clássica quanto da hermenêutica constitucional.

Para resolver o problema do significado e da validade da norma, tem-se a oportunidade de utilizar, no presente caso, os métodos de interpretação gramatical, teleológica e sistemática e compará-la com a interpretação histórica que o termo “pode” possui na seara do direito penal.

A interpretação gramatical permite desvendar o significado da norma, enfrentando dificuldades léxicas e de relações entre as palavras.



Consultando o sentido da palavra “podem¹” no dicionário, tem-se, resumidamente, os seguintes significados: a) *ter a faculdade ou a possibilidade de;* b) *ter autorização para; ter o direito de.*

Constata-se que a palavra transmite a ideia de autorização, possibilidade, não revelando aparentemente qualquer significado de exclusão ou de dever lógico entre causa e efeito.

Já o significado da palavra “devem²”, segundo o dicionário, transmite a ideia de: *ser necessário; precisar; ter como causa; ser resultado de.*

Se o legislador quis usar uma palavra pela outra é porque pretendeu atribuir significado diferente. Vale aqui a máxima de que “a lei não possui palavras inúteis”.

Tal premissa se mostra verdadeira quando confrontamos o dispositivo em apreço como o art. 33, §3º, do ECA:

§ 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção. (grifo nosso).

Quando o legislador pretendeu excluir as famílias cadastradas no CNA assim o fez categoricamente, como revela o dispositivo legal acima.

Ora, se o legislador não restringiu eloquentemente o direito de crianças e adolescentes de serem apadrinhados por pessoas inscritas no CNA, não caberia ao intérprete restringir. Aplica-se aqui a máxima da hermenêutica “de que as restrições de direito devem ser interpretadas também de forma restritiva”.

Ao se analisar historicamente a transmutação do significado de “poderá” para “deverá” no direito penal, verifica-se que sua finalidade foi consubstanciar direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente no que tange ao direito de liberdade, e não restringi-lo.

Com o advento da Lei nº 9099/95 e com ela a inserção no ordenamento jurídico de institutos despenalizastes como a transação penal e a suspensão condicional do processo, corrente doutrinária se curvava ao entendimento de que, mesmo o réu possuindo todos os atributos para ser agraciado com os novos institutos, o Ministério Público e o Juiz poderiam avaliar a possibilidade de conceder ou não os referidos direitos, a despeito de se imprimir maior violação ao direito de liberdade do indivíduo.

Dispõe o art. 76 e 89 da Lei nº 9099/95:

¹<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/podem>

² <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/devem>



Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público **poderá** propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (grifo nosso).

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, **poderá** propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena ([art. 77 do Código Penal](#)). (grifo nosso).

Com acerto, o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência compreenderam os institutos como direito subjetivo do réu, decorrência lógica do direito fundamental de primeira geração – liberdade, razão pela qual dever-se-ia atribuir força cogente às normas jurídicas que os disciplinavam.

Todavia, se no Direito Penal a interpretação da palavra “pode” fora utilizada de forma a consubstanciar um direito fundamental, imprimindo o comando de dever – causa e efeito, sua aplicação direta, sem contextualização no campo do Direito Juvenil, especialmente no que tange ao art. 19-B, §2º, do ECA, geraria exatamente o efeito oposto (restrição de direito).

Ao se atribuir à palavra “pode” o sentido de obrigatoriedade (dever), no presente caso, tal fato restringira o direito fundamental de crianças e adolescentes ao convívio familiar e comunitário a que tem direito.

Portanto, entre a razão de decidir do precedente na seara do Direito Penal e a situação de fato e de direito do caso em apreço, destaca-se uma peculiaridade capaz de afastar a aplicação do precedente argumentativo do direito penal – *distinguish* – como método interpretativo para o art. 19-b, 2º, do ECA.

Ademais interpretação restritiva não atenderia a teleologia e sistematicidade do microsistema estatutário, conforme determina o 6º do ECA c/c art. 5º da LINDB:

Art. 6º - “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.



Todo o regime de direitos e garantias da infância e juventude, cuja validade encontra-se amparada por um conjunto de normas constitucionais e internacionais de direitos humanos, se baseia no princípio da proteção integral de crianças e adolescentes.

Inegavelmente programas de apadrinhamentos espalhados pelo Brasil visam confortar crianças e adolescentes em situação de risco, órfãos ou abandonados, trazendo afeto, carinho, zelo e cuidado a pessoas em processo de desenvolvimento.

A fomentação do convívio comunitário e familiar é um passo importante para ruptura dos muros e paredes destas instituições, aproximando crianças e adolescentes de núcleos familiares, oportunizando condições mais saudáveis para o desenvolvimento moral e psicológico destas pessoas em formação.

Além de um direito subjetivo de crianças e adolescentes, especialmente daquelas em situação de vulnerabilidade, o convívio familiar e comunitário é um dever imposto, sobretudo, ao poder público - art. 4º do ECA, razão pela qual não poderia o Estado tomar posições contraditórias, especialmente no sentido de inviabilizar a fruição destes direitos.

Ora, se o Estado permite que pessoas não habilitadas à adoção pelo Poder Judiciário possam apadrinhar, não é razoável impedir que pessoas inscritas no CNA, que passaram por procedimento judicial criterioso de identificação e aferição de idoneidade, possam igualmente exercer o mesmo direito. Evidentemente que quem pode o mais (adotar), pode o menos (apadrinhar).

A interpretação restritiva também não encontra respaldo do ponto de vista da Hermenêutica Constitucional.

O art. 227 da CF/88 expressamente dispõe, exemplificativamente, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes:

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

O referido dispositivo deve ser interpretado sob à luz do princípio da máxima efetividade, de forma a preferir, em caso de dúvida, a interpretação que reconheça a maior eficácia dos direitos fundamentais.

A interpretação que amplia as possibilidades de apadrinhamento, incluindo cadastrados e não cadastrados no CNA, permite maior consubstanciação dos direitos fundamentais de dignidade, respeito, convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, sem que para isso se realize qualquer interpretação “contra



legem”, posto que o intérprete estaria circulando entre os vários espaços de interpretação possíveis da própria norma, não atuando, portanto, como legislador positivo.

A experiência no Juízo da Infância e Juventude revela que os maiores beneficiados de programas de apadrinhamento são crianças e adolescentes abandonadas, órfãs, sem possibilidade de reintegração familiar, que por qualidades especiais como idade ou condição peculiar de saúde não se encaixa no perfil dos adotantes, relegados a viver em instituições frias e impessoais, tendo suas vidas conduzidas por funcionários que se revezam em turnos de trabalho, retirando destes indivíduos o direito natural e saudável de pertencimento, de inclusão e de participação na vida social.

Desta forma, necessário se faz perguntar que razão justificaria uma interpretação que impeça o apadrinhamento por pessoas habilitadas pelo Poder Judiciário e inscritas no CNA?

A resposta passa inevitavelmente pela inversão da regra fundamental que norteia o ordenamento jurídico pátrio, qual seja a presunção de boa-fé.

Talvez pelo contexto histórico e cultural do país, existe uma preocupação “a priori” dos operadores do direito de evitar fraudes, presumindo a má-fé dos destinatários da norma e que, no caso, se reflete na concepção de que o apadrinhamento seria uma forma de se burlar a fila do Cadastro Nacional de Adoção.

O estreitamento de laços afetivos, decorrente do apadrinhamento, segundo esta visão, permitiria a adoção, especialmente de bebês e crianças de tenra idade, pelos padrinhos, preterindo famílias anteriormente cadastradas, sob o fundamento do melhor interesse da criança.

Sem dúvida trata-se de questão que precisa ser enfrentada, mas sem perder de vista a efetividade dos valores e direitos que o ECA e a Constituição Federal garantem às crianças e aos adolescentes.

Primeiro, deve-se destacar que, em sua maioria, os programas de apadrinhamento já estipulam regras próprias que inibem este tipo de conduta. É comum a fixação de idade ou de outros requisitos, como, por exemplo, não estar a criança apta e dentro do perfil de adoção, privilegiando, portanto, a formação de vínculo mais forte e perene - paterno-filial – do que a relação afetiva que o apadrinhamento por si só proporciona.

Segundo, porque existem sistemas e mecanismos jurídicos capazes de evitar a simulação descrita. Para isso existe todo um processo de habilitação e formação dos futuros adotantes, em que são apresentadas todas estas questões, além de instituições que por sua própria natureza se autofiscalizam, como as instituições de acolhimento, grupos de apoio a adoção, ONGs, Conselho Tutelar, equipes técnicas e o próprio Ministério Público.



Terceiro, porque em última instância compete ao Poder Judiciária zelar pela legalidade dos atos, impedindo que as partes se sirvam do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei.

Quarto, porque, ainda, que o objetivo da norma seja prestigiar o Cadastro Nacional e o princípio da isonomia, não se pode olvidar que pelo menos em determinadas hipóteses, deve o juiz afastar a incidência da norma, em observância ao princípio da proporcionalidade, de forma a prestigiar o princípio da solidariedade e o direito fundamental de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

O princípio da proporcionalidade, decorrente do devido processo legal substancial, art. 5, LV da CF/88, composto por três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que o Estado aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.

Em princípio, não se questiona que a interpretação restritiva da norma atende ao requisito da adequação, posto que cumpre a finalidade de evitar que o Cadastro Nacional seja burlado.

Todavia, é de conhecimento que os programas de apadrinhamento vão além da modalidade de apadrinhamento afetivo, como demonstra, por exemplo, o programa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Ato Normativo Conjunto nº 08/2017), que contempla, ainda, as modalidades de apadrinhamento prestador de serviços e apadrinhamento provedor (art. 2).

Uma visão restritiva impediria que inscritos no Cadastro Nacionais de Adoção pudessem dar suporte material (livros escolares, por exemplo) às crianças, ainda que o padrinho sequer deseje qualquer contato mais próximo com o apadrinhado. Vedaria, ainda, que um dentista atendesse crianças e adolescentes prestando serviços odontológicos aos seus afilhados. Definitivamente não é este o espírito da Constituição que tem como valor supremo uma sociedade fraterna.

Certamente se o objetivo da norma fosse impedir a burla ao CNA, o dispositivo, como fora redigido, acabaria por inviabilizar toda forma de apadrinhamento por parte de pessoas inscritas no referido cadastro.

Evidentemente que esta interpretação não atende, portanto, ao requisito da necessidade, posto que a medida restritiva de direitos fundamentais poderia facilmente ser substituída por outra menos gravosa, bastando para tanto limitar a vedação apenas ao apadrinhamento afetivo.

Ainda que por amor ao debate reste vencido o segundo requisito do princípio da proporcionalidade, a interpretação restritiva da norma não subsistiria ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito, posto que, ainda que alcançada a



finalidade almejada da forma menos gravosa, os valores que a norma pretende defender não supera outros valores constitucionais diante do caso concreto.

Tais hipóteses ocorrem com frequência nas chamadas adoções necessárias, em que crianças com idade mais avançadas, adolescentes, grupos de irmão ou com necessidades especiais não se encaixam ao perfil nacional dos adotantes.

Imagine um casal, inscrito no CNA, que inicialmente não pretenda adotar um adolescente. Em determinado momento, movido pelo espírito fraternal e de solidariedade decida apadrinhá-lo, levando para passar os finais de semana em sua residência, por exemplo.

Diante da interpretação restritiva do texto previsto no art. 19-b, §2º, do ECA, este casal estaria impossibilitado de ser padrinho, negando ao adolescente o direito constitucional à convivência familiar e comunitária, sob o pretexto de se defender o princípio da isonomia (burla ao cadastro) que notoriamente não se encontra presente, posto que está fora do perfil de adoção, relegando o adolescente à amargura de um ambiente institucional, frio e impessoal, inviabilizando, inclusive, a chance de uma adoção tardia.

Não pode a norma jurídica negar o direito de se ter uma família, ainda mais quando remotas são as possibilidades de constituí-la. Não é razoável, não é justo, não é certo. Um adolescente nunca compreenderia uma norma deste jaez. Se lhe fosse oportunizado o direito de oitiva, certamente suplicaria ao juiz uma decisão que garantisse o desejo de viver em comunidade, em família.

Neste caso, parece que o único caminho a ser trilhado pelo Juiz, com o escopo de atender os direitos fundamentais de crianças e adolescente, é a declaração de inconstitucionalidade da norma no caso concreto, a fim de afastar a lesão aos seus direitos fundamentais.

Diante do que fora exposto, parece razoável atribuir ao comando normativo do art. 19-B, §2º, do ECA interpretação que garanta a máxima efetividade dos direitos fundamentais, o convívio familiar e comunitário de crianças e adolescentes, instrumentos sociais necessários para a formação moral e psicológica destas pessoas em pleno processo de desenvolvimento.

Portanto, mostra-se desproporcional a interpretação que restrinja, em abstrato, a participação de pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção em programas de apadrinhamento.

Nesse sentido, é o parecer para a aprovação do enunciado.

Relator: DANIEL KONDER DE ALMEIDA – Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ.

