



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

RAIMUNDO LUIZ QUEIROGA DE OLIVEIRA

**O MENOR INFRATOR E A EFICÁCIA DAS MEDIDAS
SÓCIO-EDUCATIVAS**

**SOUSA - PB
2003**

RAIMUNDO LUIZ QUEIROGA DE OLIVEIRA

**O MENOR INFRATOR E A EFICÁCIA DAS MEDIDAS
SÓCIO-EDUCATIVAS**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

**SOUSA - PB
2003**



O482m Oliveira, Raimundo Luiz Queiroga de.
O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas. /
Raimundo Luiz Queiroga de Oliveira. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

72 f.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Menores infratores. 2. Medidas sócio-educativas. 3. Direitos
do menor. 4. Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. Conselho
tutelar. 6. Responsabilidade civil do menor. 7. Maioridade penal -
discussão I. Oliveira, Eduardo Jorge Pereira de. II. Título.

CDU: 343.91-053.6 (043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

RAIMUNDO LUIZ QUEIROGA DE OLIVEIRA

**O MENOR INFRATOR E A EFICÁCIA DAS MEDIDAS
SÓCIO-EDUCATIVAS**

COMISSÃO EXAMINADORA

Eduardo Jorge Pereira de Oliveira – Mestre - UFCG

Maria dos Remédios de Lima Barbosa – Especialista - UFCG

Aurélia Carla Queiroga da Silva - UFCG

SOUSA – PARAÍBA
2003

Aos menores, vítimas da sociedade cruel
que os repudiam, que lutam para ter uma
vida dignificada pelo trabalho, mas
acabam na escuridão do crime.

AGRADECIMENTOS

A Deus, ser supremo e magnífico, que me presenteou com o Dom da vida, enriquecendo-a com saúde, paz e sabedoria.

A minha santa Mãe, que nunca adormeceu sem saber que tudo estava perfeito comigo. Por sua bravura, garra, incentivo e confiança em mim, o meu mais sincero amor.

A todos os meus amigos da Faculdade, com especial carinho para Babinha e Patrícia, a "Lampiã".

Aos Professores, que juntos comigo caminharam e orientaram-me na conclusão desse curso.

“... não vês ali, sentados nessa casa, essas crianças que parecem emergir dum sonho? Os mesmos que lhes deviam amor lhes deram morte...” (Ésquilo. Orestíada. 498 a. C.)

RESUMO

É de ressaltar-se que a violência entre os adolescentes tem crescido vertiginosamente, de modo que estes estão assemelhados aos adultos em suas atividades delitivas, conscientes, pois, do que querem fazer, e não subprodutos indefesos de uma situação social que os pretere. Não é mais uma questão de cunho exclusivamente político-social, mas jurídico, notadamente no que tange à punição dos infratores. Entendo que a preocupação exagerada dos legisladores em relação à elaboração de medidas sócio-educativas recuperativas é explicada pelo fato de o menor ser ainda um indivíduo em processo de construção da personalidade, que por um ou outro motivo, comete delito, mas que ainda pode ser resgatado para uma sociedade justa no futuro, afastando-o da grande possibilidade que o ronda, no sentido de continuar a delinquir, quando de sua imputabilidade. Na verdade, os legisladores entendem a repressão tal qual no sistema aplicado aos imputáveis como sendo muito rigoroso e que na maioria das vezes não recupera. Assim, o adolescente submetido à tal tratamento, passaria de sua personalidade ainda não formada para a deformada pelos procedimentos inconsistentes e ausentes de propostas recuperativas dos presídios, que não raras vezes, revolta e aguça a tendência para o crime. Essa posição evidencia que o tratamento dos menores é muito mais amplo que a simples repressão aos atos infracionais, mas trata-se de uma política de caráter assistencial, que visa educá-lo e regenerá-lo, de modo a torná-lo útil ao país e a si próprio. Não há, pois, o interesse da legislação em apenas punir, mas tentar resgatar esse adolescente entregue à delinqüência enquanto ele ainda é passível de tratamento eficaz de revitalização. É, pois, possível que as medidas sócio-educativas da atual legislação menorista estejam sendo eficazes para combater a crescente marginalização dos menores? Ou, por sua brandura tem concorrido para o aumento da criminalidade entre os menores? Na verdade, é possível sentir a problemática social do menor infrator, suas dimensões, causas, e obviamente, a aplicação da legislação menorista em relação àqueles. Atualmente, a sociedade se vê vitimada com as mais diversas expressões de violência. A grande maioria dessa violência começa a povoar os pensamentos e nortear as ações dos indivíduos ainda na adolescência. Segundo o sistema jurídico-penal brasileiro, o menor de 18 anos é inimputável e está sujeito a uma legislação específica, mais branda, dado o seu peculiar estado de desenvolvimento psicossocial que, entendem os legisladores, não torná-los aptos a serem punidos por suas ações delituosas como se adulto fosse. A verdade é que a grande maioria das legislações do século recém findo utilizam o critério cronológico para responsabilizar penalmente os indivíduos. Ora, é sabido que o mundo evoluiu e que as crianças e jovens, cada vez mais precoces, bem como, tendo acesso a muitas informações e experiências que antes eram restritas aos adultos, evoluíram também e atingem um grau de desenvolvimento mental muito antes do que pregam os arcaicos comandos legais. Assim, gozam de uma situação relativamente privilegiada quando praticam um ato criminoso, visto que o legislador o vê como vítima e não como o agressor.

O trabalho que ora se apresenta buscou justamente compreender as causas originárias da atividade delituosa dos jovens, desde os primórdios até os dias atuais, evidenciando a eficácia das medidas sócio-educativas da legislação em vigor, bem como alternativas para o combate dessa marginalização dos adolescentes.

Palavras-chave: menor infrator; medidas sócio-educativas; eficácia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1	10
1.1 Esboço Histórico dos Direitos do Menor	10
1.2 A Legislação de Menores no Brasil	16
1.3 Causas da Prática Infracional por Menores	20
1.4 O Devido Processo Legal Aplicado aos Infratores	23
1.4.1 O conselho tutelar e a criança infratora	28
1.4.2 Das garantias processuais	31
1.4.3 Os recursos no Estatuto da Criança e do Adolescente	32
1.4.4 Da prescrição e da Decadência das medidas sócio-educativas	38
CAPÍTULO 2	43
2.1 Da Advertência	43
2.2 Da Obrigação de Reparar o Dano	45
2.3 Da Prestação de Serviços à Comunidade	46
2.4 Da Liberdade Assistida	47
2.5 Do Regime de Semiliberdade	50
2.6 Da Internação	51
CAPÍTULO 3	57
3.1 A Discussão do Rebaixamento da Imputabilidade Penal	57
3.2 Os Reflexos do Novo Código Civil no ECA	61
CONCLUSÃO	66
BIBLIOGRAFIA	69
ANEXO	70

INTRODUÇÃO

Este é um tema que sugere bastante sensibilidade, já que envolve crianças e adolescentes na iniciação da atividade delituosa, tão combatida, mas que atualmente só engrandece as tristes estatísticas do crime.

A doutrina e a jurisprudência em torno da prática infracional por menores é divergente. Alguns buscam nivelar cada vez mais o adolescente ao indivíduo maior de 18 anos, ou seja, imputável, argumentando que a complacência sugerida pela legislação só concorre para o aumento do desvirtuamento social dos menores. Em outras palavras, acreditam que não há menor infrator vítima da pobreza, do abandono ou da falta de oportunidade de estudo ou trabalho, mas produtos de exposições continuadas a situações de carência moral e que entregam-se ao crime por vontade própria, mesmo porque, a consciência dos jovens da atualidade, acerca do que ou não salutar para o seu desenvolvimento em sociedade, está aguçada desde o fim da segunda infância, pelos 12 ou 13 anos de idade. Assim, o adolescente já é plenamente capaz de saber o que lícito. Lado outro, alguns doutrinadores pregam ser o adolescente marginalizado, vítima de disfunções sociais, que não dispõem de renda suficiente para usufruírem de bens e serviços básicos como saúde, educação, habitação, lazer, etc., e que revoltados ou ansiosos por experimentarem o que da vida lhes é suprido, enveredam pela criminalidade. Para esses, a melhor solução é o processo de ressocialização, não com vistas à punição, mas a reinserção desse indivíduo, que ainda não é adulto, na sociedade que ele mesmo repudiou.

Este trabalho divide-se, pois, em três capítulos, sendo o primeiro uma localização temporal do Direito da Infância e da Juventude ao longo do tempo, desde o surgimento das primeiras codificações, as causas mais prováveis e frequentes que ensejam a criminalidade

juvenil, como também os aspectos processuais do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto relativo à criança como ao adolescente infrator. O segundo trata das medidas sócio-educativas, dispostas uma a uma, suas aplicações e como elas têm sido absorvidas pelos infratores. No terceiro e último capítulo, uma abordagem das palpitantes discussões acerca da redução da maioridade penal e dos reflexos trazidos pelo Novo Código Civil no ECA, evidenciando a estreita relação do Direito da Infância e da Juventude com tais ramos do direito.

A análise da eficácia das medidas sócio-educativas da legislação atual é urgente para que se possa aferir se estão sendo eficientes para ressocializar o adolescente infrator, ou estão lhes oferecendo chances reiteradas de persistir na criminalidade dada a sua relativa brandura. Na verdade, o direito do menor decorre do famigerado direito penal, essencialmente repressivo, mas que devido a sua falibilidade, vem tornando-se mais recuperativo, contudo essa política ainda é pouco utilizada, mesmo porque não tem demonstrado resultados positivos e tem recebido muitas críticas, já que a população ainda não acredita nessa humanização das reprimendas.

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O ato infracional nada mais é do que a conduta descrita como tipo ou contravenção penal, cuja denominação se aplica aos inimputáveis. Ocorre que, na maioria das vezes, esses menores não praticam atos condizentes com a sua condição legal de incapacidade, quando surge então a delinqüência juvenil, que segundo diversos doutrinadores e diferentes opiniões, apresentam causas diversas, uns vislumbrando o fato como resultado de uma situação de abandono a que o menor está exposto, outros entendendo-o como um modo de viver escolhido pelo próprio adolescente, não raras vezes estimulados pelos pais, entregando-se à atividade delitiva conscientes do caminho escolhido.

1.1 Esboço Histórico do Direito do Menor

O fato é que a responsabilidade do menor foi alvo de constantes discussões, desde os tempos mais remotos, em todos os sistemas jurídicos. Admitia-se que o homem não poderia ser responsabilizado pessoalmente pela prática de um ato tido como contrário ao julgamento da sociedade, sem que para isso tivesse alcançado uma certa etapa de seu desenvolvimento mental e social. Contudo, os menores passaram por exaustivos sacrifícios, inclusive tendo que pagar com a própria vida até garantir uma codificação de seus direitos mais fundamentais.

Assim, na Grécia Antiga, era costume popular que seres humanos fossem sacrificados se nascessem com alguma deformidade física. Era, pois, tolhido a esses menores o próprio direito à vida, hoje já consagrado em nossa Constituição e nas diversas Leis Internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e Declaração dos

perseguição de Herodes, rei da Judéia, que mandou executar todas as crianças menores de dois anos, na tentativa de atingir Jesus Cristo, já então conhecido como o rei dos Judeus. Vê-se, assim, que a época do paganismo foi concentrada nas agressões e desrespeitos aos direitos fundamentais dos menores.

→ O marco, pois, do início das garantias às crianças e adolescentes foi o Cristianismo, que conferiu direitos àqueles, com vistas ao seu bem-estar físico e material, o que hoje raramente ocorre, sobretudo nos países subdesenvolvidos, onde sobejam as condições de abandono e pobreza.

Observa-se que o estabelecimento de limiares de responsabilidade penal sempre foi dificultada, o que levava os doutores da lei a pensar que um homem que não estivesse amadurecido em sua plenitude devesse Ter a sua responsabilidade diminuída. A verdade é que essa questão ainda persiste nas diversas legislações e posições doutrinárias de todo o mundo.

→ O Direito Romano exerceu grande influência sobre o direito de todo o ocidente, de onde se mantêm a noção de que a família organiza-se sob um forte poder do pai. Contudo, o caminhar dos séculos atenuou esse poder absoluto, que poderia matar, maltratar, vender ou abandonar os filhos. Ainda assim, o Direito Romano adiantou-se ao estabelecer de forma específica uma legislação penal adotada aos menores, distinguindo os seres humanos entre púberes e impúberes. Para esses últimos era reservado o discernimento do juiz, porém tendo este a obrigação de aplicar penas bem mais moderadas. Essa classificação era determinada pelo exame dos órgãos genitais, sendo geralmente considerada púbere a mulher maior de 12 anos e o homem maior de 14 anos, cujos órgãos maduros já eram capazes de procriar. Já os menores de até 7 anos eram considerados infantes absolutamente inimputáveis. Dentre as sanções atribuídas, destacam-se a obrigação de reparar o dano causado e o açoite, sendo, contudo, proibida a pena de morte, como se extrai da Lei das XLI Tábuas, assim explicada

por MEIRA (1972, p. 168-171):

TÁBUA SEGUNDA

Dos julgamentos e dos furtos

3. Se alguém comete furto à noite e é mono em flagrante, o que o matou não será punido;
4. Se o furto ocorre durante o dia, e o ladrão é flagrado, que seja fustigado e entregue como escravo à vítima. Se é escravo, que seja fustigado e precipitado do alto da rocha Tarpéia;
5. Se ainda não atingiu a puberdade, que seja fustigado com varas, a critério do pretor, e que indenize o dano.

TÁBUA SÉTIMA

Dos delitos

3. Aquele que fez encantamento sobre a colheita de outrem;
4. ou a colher furtivamente à noite antes de amadurecer ou a cortou depois de madura, será sacrificado a Ceres;
5. Se o autor do dano é impúbere, que seja fustigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro.

A imprecisão da maioridade penal romana, que se dava de modo particular através do exame dos órgãos genitais, foi abolida no governo do imperador Justiniano que fixou cronologicamente o limite da responsabilidade penal, qual fosse, de 12 anos para a mulher e de 14 anos para o homem. Com efeito, nessa época também aflorou a questão da responsabilidade atribuída através da proximidade do limite estabelecido, de modo que os impúberes mais próximos à infância eram julgados apenas por culpa, enquanto que aqueles próximos da puberdade eram julgados por dolo, ficando, inclusive, com a possibilidade de ser submetido a sanções mais repressivas, consoante o julgamento do magistrado. De certa forma, os rigores da lei ao impúbere ficou reduzido nessa época, de sorte que somente aqueles que representassem efetivamente uma ameaça à segurança do Estado eram severamente repreendidos.

A idade média, através dos Glosadores, suportou uma legislação que determinava a impossibilidade de serem os adultos punidos pelos crimes por eles praticados na infância.

→ O Direito Canônico ateu-se fielmente às diretrizes cronológicas de

responsabilidade preestabelecidas pelo Direito Romano. Ou seja, é nítido que deste último até o fim do século 18, o caráter das normas aplicadas aos menores transgressores era essencialmente repressivo, apresentando-se apenas um pouco mais brandas do que aquelas aplicáveis aos adultos.

No ano de 1791, com a instituição do Código Francês, viu-se um lento avanço na repressão da delinqüência juvenil com aspecto recuperativo, com o aparecimento das primeiras medidas de reeducação e o sistema de atenuação de penas.

Contudo, como observa com aplauso DALARI *apud* SILVEIRA (1985, p. 50):

Como um marco histórico - os séculos 18 e 19 - retrataram uma época de flagelo para as crianças. Couro advento do processo de industrialização capitalista, os menores, notadamente os pobres eram conduzidos para os trabalhos fabris, com salários irrisórios e vantajosos para a indústria.

Às vezes, uma jornada de trabalho que ultrapassava as quatorze horas diárias, transformando-os em verdadeiros flagelos humanos, debilitados, não raras vezes jogados fora pelos empregadores que não os via mais render no labor. Destituídos, pois, de mínimas condições de sobrevivência nas grandes cidades, que já iniciavam o processo de "inchaço", entregavam-se ao crime.

→ Quando a problemática do menor infrator já era inegável, os legisladores começaram a dar os primeiros passos no sentido de criar leis mais eficazes, agora não tão somente de caráter punitivo, mas dando realce à criação de casas de correção, medidas de proteção e amparo, que recuperasse o adolescente, vítima de uma situação de abandono social.

→ Objetivando minorar o massacre a que crianças e adolescentes eram submetidos, viu-se a edição das primeiras leis de proteção à infância. Seguindo-se nessa face, era urgente que também se regulasse a questão dos menores infratores, de modo que a instituição de casas de correção eram necessárias para que se retirasse os menores das cadeias comuns. Começou-

se também a perceber a característica "*sui generis*" do delinqüente juvenil que exigia psicologia e pedagogia próprias, fulminando com o entendimento que a repressão não recuperava.

Assim, inicia-se o processo de modernização e criação de mecanismos efetivos e eficientes de repressão aos atos infracionais, consoante informa SILVEIRA (1985, p. 52):

Em 1847, a Inglaterra publicou o JUVENILE OFFENDER'S ACT que dispôs que os menores fossem julgados por tribunais de jurisdição sumária. Nos Estados Unidos, em 1878, foi criado o primeiro tribunal para menores, no Estado de Massachussets. Entretanto, o primeiro tribunal de menores de sentido e organização modernos, foi criado em 1889, em Chicago, possuindo como principais características: a especialização do local das audiências, a limitação da publicidade, o sistema de liberdade vigiada e o espírito tutelar. A função dos tribunais passou a ser essencialmente paternalista e educativa.

O marco inicial das propostas correcionais oficiais, ocorreu na França, no ano de 1850, não obstante terem sido desconstituídas, já que afastaram-se dos seus propósitos primordiais, transformando-se em estabelecimentos de desmoralização, onde eram utilizadas as repressões dispensadas aos adultos, que só contribuíram para a formação de uma personalidade delinqüente, sólida, capaz de praticar delitos mais graves num momento posterior. Observa, pois, novamente SILVEIRA (1985, p.53) que:

Na realidade, a postura humanista que se vem impondo em todos os países, para o menor de conduta anti-social, tem em vista evitar o contato dos menores infratores com os adultos criminosos, nas prisões, e reabilitá-los por meio da educação e do trabalho, a fim de que, retornando ao convívio social, pudessem exercer uma atividade profissional, de forma a ganhar a vida honestamente, correspondendo a um desenvolvimento doutrinário e, conseqüentemente, da legislação menorista em todo o mundo.

→ De grande importância para a garantia dos direitos dos menores foi a Declaração de Genebra, em 1924. Foi a primeira manifestação internacional nesse sentido, seguida da não menos importante Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959,

que estabelece onze princípios considerando a criança e o adolescente na sua imaturidade física e mental, evidenciando a necessidade de proteção legal. Contudo, foi em 1979, declarado o Ano Internacional da Criança, que a ONU organizou uma comissão que proclamou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, no ano de 1989, obrigando aos países signatários a sua adequação das normas pátrias às internacionais.

Outro acordo moral em prol dos direitos da criança foram as Regras Mínimas de Beijing, adotado pela ONU em 1985.

Não é inútil salientar também a 45ª Assembléia Geral da ONU, que contou com a presença de vários chefes de governo do mundo inteiro, tendo sido iniciada no dia 24 de setembro de 1990, quando o então Presidente do Brasil, Fernando Collor de Melo, colocou na lista das prioridades de seu governo a criança e o jovem. Assim, evidenciou:

As crianças - tem-se repetido - encarnam o futuro, e isto é tanto mais verdade no Brasil, país de maioria jovem, ansioso por modernizar-se. Sabemos quão dramáticos são os problemas onde nosso país nessa área. Não ocultamos nem escondemos nossa determinação em enfrentá-los e resolvê-los. As iniciativas abrangentes que vimos tomando em apoio à criança demonstram empenho em fazer com que as potencialidades brasileiras se transformem em realidade perene.

Consagrava-se, pois, uma das mais modernas legislações minoristas do mundo, qual fosse, a Lei 8069 de 17 de julho de 1990, ou simplesmente Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cumprido, ressaltar, entretanto, que as causas da criminalidade juvenil têm mudado suas razões. Há pouco, o infrator era vítima de uma sociedade que o repelia. Atualmente, ele é quem repele a sociedade, aprofunda-se na atividade criminosa, o que demonstra claramente que as propostas da pedagogia corretiva não tem alcançado os seus objetivos, evidenciando que a legislação minorista, por mais moderna que se apresente, continua arcaica frente aos resultados que da aplicação de seus comandos são extraídos.

1.2 A Legislação de Menores no Brasil

→ A partir do século XIX, o problema do menor começou a atingir o mundo inteiro, não sendo diferente no Brasil. Como já foi evidenciado, o crescente desenvolvimento das indústrias, a urbanização, o trabalho assalariado, notadamente das mulheres, que tendo que sustentar os lares, teve que ir trabalhar fora de casa, deixando os filhos ao ócio, concorreram para a instabilidade e a degradação dos valores dos menores, culminando com o crime.

Um dos costurmes problemas no âmbito da problemática menoril está na ausência de estabelecimentos correccionais que contribuam para a formação salutar da personalidade do infrator. Nesse sentido, analisa CHIAVAS *apud* CHAVES (1997, p. 469):

Apesar da irresponsabilidade penal de menores em consagrada, no Brasil, desde o Código Criminal do Império Brasileiro de 1830; repetida no Código Penal Republicano de 1890; reafirmada no Código de Menores de 1927; novamente no Código Penal de 1940; também no Código Penal de 1969 (*que não entrou em vigor*); enfatizada no Código de Menores de 1979 e, finalmente, na alteração penal de 1984, evidentemente com especificações correspondente aos vários estágios da evolução da sociedade, com predominância do famigerado critério do discernimento, tão atacado pelo genial Tobias Barreto (*Menores e Loucos — ed do Governo do Estado de Sergipe, 1923*), a verdade é que, na prática — verifica Wilson Barreira, *Crianças e Adolescentes novamente no banco dos réus?*, OESP 16/05/1989, pág. 39 — os menores infratores não têm sido protegidos pela inimputabilidade, porque a falta de recursos materiais e humanos para o correto atendimento a esta problemática, conforme costumeiras alegações das autoridades governamentais, leva estas crianças e adolescentes ao cumprimento de verdadeiras penas privativas de liberdade em presídios juvenis, a que se reduzem quase todas as FEBEMs, quando não chegam mesmo a ser encarcerados em penitenciárias de adultos.

→ Muitas foram as legislações criadas e aplicadas no Brasil. Cada uma, à sua época, foi demonstrando-se ineficaz frente à descontrolada arrancada da criminalidade juvenil. Outro dos mais combatidos problemas relacionado com as normas menoristas repousa no discernimento que até hoje é reservado ao juiz de menores. Não há reprimendas com penas fixas para os infratores, o que segundo BARRETO (1938, p. 23): “pode abrir caminho a muito

abuso e dar lugar a mais um espetáculo doloroso”. Essa discricionariedade atribuída ao Juiz, dificulta a eficácia da aplicação das medidas sócio-educativas. A discricionariedade atribuída ao Juiz menorista está, há muito, presente na legislação pátria. Cite-se, por oportuno, que com o advento do Código Criminal do Império, em 1830, os menores foram considerados inimputáveis se fossem capazes de entender o ato infracional que praticassem. Essa aferição de discernimento era feita pelo Magistrado, de modo que, a presunção de irresponsabilidade penal dos menores era *juris tantum*. Constatada, pois, a plena capacidade de entendimento do ato praticado, eram reclusos em casas de correção, por lapso de tempo a ser determinado também pelo Juiz, não podendo, entretanto, ultrapassar o limiar cronológico dos 17 anos. Aos menores cuja idade estivesse entre os 14 e 17 anos de idade, quando da prática de ato infracional, era reservado ao julgador a possibilidade de aplicação de pena correspondente a dois terços daquelas aplicadas aos adultos. Essa faculdade veio a tornar-se compulsória na vigência da legislação ulterior, qual fosse, o Código Penal de 1890. Por ele, os menores de 9 anos eram totalmente inimputáveis. Ao revés, dos 9 aos 14 anos, era verificada a consciência do menor ao praticar o ato, o que iria determinar a sua imputabilidade e a aplicação das medidas, que, mais uma vez, não poderiam ultrapassar os 17 anos.

* A esteira das legislações menoristas continuou a evoluir, de modo que em 1926 passou a vigorar o Código de Menores instituído pelo Decreto Legislativo de 1º de dezembro do mesmo ano, prevendo a impossibilidade de recolhimento do menor de 18 anos que houvesse praticado ato infracional à prisão comum. Em relação aos menores de 14 anos, consoante fosse a sua condição peculiar de abandonado ou pervertido, ou nenhuma dessas características, seria abrigado em casa de educação ou preservação, ou ainda, confiado à guarda de pessoa idônea até a idade de 21 anos. Poderia ficar, outrossim, sob a custódia dos pais, tutor ou outro responsável se a sua periculosidade não reclamasse medida mais

assecuratória. E de salientar-se, que em todas as legislações supracitadas, entre os 18 e 21 anos de idade, o jovem era beneficiado com circunstância atenuante.

Com o advento do Código Penal de 1940, fixou-se o limite da inimputabilidade aos menores de 18 anos que, qualquer que seja a idade, não será submetido a processo criminal, mas a procedimento e normas previstas em legislação especial, que adota a presunção absoluta da falta de discernimento, quando um menor pratica um fato descrito como crime ou contravenção penal. Entendeu o legislador que a pena criminal não seria objeto de reajuste para o menor de 18 anos, de personalidade incompleta e mal formada.

Em 1969, o Decreto-Lei 1004 de 21 de outubro, voltou a adotar o caráter da responsabilidade relativa dos maiores de 16 anos, de modo que a estes seria aplicada a pena reservada aos imputáveis com redução de 1/3 até a metade, se fossem capazes de compreender o ilícito do ato por ele praticados. A presunção de inimputabilidade ressurgiu como sendo relativa. A maior e esmagadora maioria da doutrina alienígena entende que a fixação da inimputabilidade aos 16 anos aumenta a responsabilidade social dos jovens.

A Lei 6016 de 31 de dezembro de 1973, modificou novamente o texto do art. 33 do Código de 1969, de modo que voltou a considerar os 18 anos como Limite da inimputabilidade penal, já que a adoção da responsabilidade relativa havia gerado inúmeras críticas. O grande questionamento é que na época da edição dessas normas, talvez o menor infrator fosse somente um menor socialmente abandonado e a correção destes por métodos pedagógicos certamente sugeriria um perdão da sociedade capaz de reabilitá-lo para a vida. Atualmente, o quadro que se percebe é o de total ineficácia da norma menorista diante de uma juventude violenta, sanguinária, idólatras de organizações criminosas que não estão preocupados com o perdão da sociedade ante as suas condutas descompassadas, mas acreditam ser esta sociedade a causa de sua pobreza espiritual e material, que lhes priva de

condições igualitárias de competição, e dado o seu distanciamento da realidade por eles experimentada, potencializam seu ódio, revolta e angústia, que são, apesar de tudo isso, injustificados.

✦ O Código de Menores instituído pela Lei nº 6697/79, disciplinou com louvor a lei penal de aplicabilidade aos menores, mas foi no âmbito da assistência e da proteção que alcançou os mais significativos avanços da legislação menorista brasileira, acompanhando as diretrizes das mais eficientes e modernas codificações aplicadas no mundo. Contudo, ressalte-se que essa legislação não tinha um caráter essencialmente preventivo, mas um aspecto de repressão de caráter semi-policiais. Evidentemente que durante a sua vigência surgiram algumas leis específicas que o adequaram à realidade, suprindo-lhe algumas lacunas.

✦ A Constituição Federal de 1988 corroborou, em seu art. 228, os arts. 1º, II e 41, § 3º do então Código de Menores, vigente ainda à época, no sentido da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos. Consoante a Carta Magna vigente, não é permitido que crianças e adolescentes sejam responsabilizados penalmente, de forma a ser-lhes aplicadas as penas constantes do Código Penal, da lei das contravenções Penais, ou ainda de Leis Ordinárias: Art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial".

✦ O surgimento da Lei nº 8069/90, ou simplesmente Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe grandes avanços para a responsabilidade menoril, tentando aproximar-se da realidade social desfrutada pelo Brasil, que é das mais amargas face ao vertiginoso crescimento da marginalização de menores. Promotores e Juizes da Infância e da Juventude são categóricos ao afirmar que tal Diploma determinou critérios bem mais rígidos de punição, ao mesmo tempo em que criou medidas de recuperação aplicáveis aos menores que ainda possuem condições para tal. Alguns acreditam que o caráter repressivo do Estatuto é até mais

rigoroso que o do Código Penal, tudo em virtude da discricionariedade do Juiz de Menores, que fixa e regula a duração da reprimenda imposta. Aliás, já era mencionado o perigo dessa norma de caráter flutuante, que pode repreender de forma mais severa um infrator que cometeu um delito de pouca monta, aguçando-lhe o espírito de revolta, como também repreender de forma branda um delinqüente perverso e nocivo à sociedade, instigando neste o desejo de persistir no crime, em virtude da reprimenda ineficaz ao qual foi submetido. Há, pois, um confronto constante na doutrina sobre a eficácia das medidas sócio-educativas aplicadas aos infratores. Além disso, o critério utilizado pela lei brasileira para a imputabilidade penal é o biológico, já comprovadamente ineficaz ante o critério psicológico utilizado por outros países, como analisa CHAVES¹, “o critério psicológico, que tem fundamento na capacidade de entender e de querer, compreendida em sentido amplo e, com base no qual, até o menor de 12 anos poderá ser condenado à morte ou à prisão perpétua desde que seja entendido, como possuidor desta capacidade. É o critério vigente nos países de língua inglesa, e nos chamados países socialistas, antes do Muro de Berlim, com exceção de Cuba e China, onde permanece vigente;...”.

No mesmo pensamento, esboça PIAGET *apud* CHAVES (1996, p. 428):

A imputabilidade deve ser definida pela adequada avaliação da capacidade de discernimento, independente do limite arbitrário de idade. Assim, nas pegadas do exemplo britânico, sem hipocrisia conseguiremos desestimular o crime e evitar o retorno à barbárie.

1.3 Causas da Prática Infracional por Menores

Importa considerar que não há uma opinião pacífica na doutrina sobre as possíveis causas da delinqüência juvenil. O que há são suposições, primordialmente de caráter social acerca desses desvios de conduta que culminam com a reprovação da sociedade. Analisa

¹ Antônio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 428.

PAULA (1989, p.146):

A família foi colocada como a grande orquestradora da marginalidade, eis que os pais ou responsáveis são considerados como causadores da 'situação irregular' de seus filhos ou pupilos, seja ela concebida como carência de meios indispensáveis à subsistência, abandono material e até mesmo a prática de infração penal.

E acrescenta:

Verifica-se no texto legal que o Estado não pode ser responsabilizado por nada, somente aparecendo depois de instalada qualquer hipótese que configure situação irregular, fazendo-se presente unicamente através de seu poder coercitivo, que o autoriza a intervir, amena ou drasticamente na vida do menor e/ou de sua família.

A verdade é que alguns doutrinadores encaram o problema como sendo o adolescente infrator vítima da violência exercida pelo Estado. Reflitam-se, pois, a admitir que o fato gerador da atividade delitiva de menores esteja na própria personalidade desvirtuada e em total descompasso com a ordem social, peculiar do menor infrator. Nesse bojo e com louvável definição, ensina MACHADO *apud* PAULA (1989, p. 467) classificando as causas dos atos infracionais em:

Causas geradas pelo meio ambiente, nos países desenvolvidos, devido ao ócio, ao tédio, etc.; causas geradas pelos fatores sócio-econômicos, nos países subdesenvolvidos, devido ao crescimento demográfico, à urbanização, à deficiência médico-sanitária, à carência alimentar e habitacional, ao analfabetismo, à desqualificação de mão-de-obra, à industrialização desordenada, às correntes migratórias constantes, e causas ligadas à psicopatias cujas principais características são a consciência subdesenvolvida e a incapacidade de identificar-se com outras pessoas (grifo meu).

Nessa esteira de defesa do menor, observa NOGUEIRA (1996, p.5):

Não há dúvidas que o menor carente, abandonado e infrator é fruto de nossa sociedade, marcada por uma brutal diferença entre a classe pobre e a abastada, pois, enquanto aquela sofre as conseqüências do pauperismo, esta esbanja de forma acintosa o que é subtraído ilicitamente dos menos favorecidos. E a justiça passa a ser instrumento contra os humildes, enquanto os poderosos continuam a agir impunemente.

Cumpra ainda ressaltar que a violência entre os menores tem aumentado nos últimos anos, defasado dia-a-dia a legislação menorista vigente dada a prática de delitos graves como estupros e homicídios, que não têm conotação econômica, afastando totalmente a tese das condições subumanas a que são submetidos os jovens, sobretudo nos grandes centros, e que os levariam a delinquir. Além disso, o número de menores infratores entre a classe média e alta tem aumentado, não só no Brasil, mas na maioria dos países desenvolvidos. As causas da marginalidade entre os adolescentes são, pois, muito amplas e desconhecidas, não se restringindo somente à vadiagem, mendicância, fome ou descaso social. Tende ainda pelo lado das más companhias, formação de bandos, agrupamentos excêntricos, embriaguez, drogas, prostituição, homossexualismo, irreverência religiosa ou moral e vontade dirigida para o crime, configuram-se como as principais delas.

Extrai-se, pois, que não se pode negar a existência de menores infratores de alta periculosidade. Aliás, nas grandes estatísticas criminais do mundo, embora lamentáveis, observa-se que a criminalidade cresce vertiginosamente entre os menores. Partindo-se desta constatação que salta aos olhos, é impossível ignorar a tendência mais perigosa de alguns desses menores, reservando-os tratamento com mais rigor.

Ademais, muito se lutou para que os direitos da infância e da juventude fossem consagrados e garantidos, o que implica a estes sujeitos de direito a contrapartida do cumprimento de seus deveres sociais. É preciso que o Estado abandone essa postura utópica de ressocialização pedagógica de menores perigosos em detrimento de punições mais severas, porém adequadas aos seus atos delituosos. Ora, as mais desenvolvidas e avançadas nações do mundo punem os seus menores infratores de relevante periculosidade como se adulto fossem. A sua personalidade ainda incompleta não é óbice a que ele saiba que pratica uma conduta anti-social. O desconhecimento da lei jamais será excludente de culpabilidade.

1.4 O Devido Processo Legal Aplicado aos Infratores

Quando um menor de dezoito anos pratica um ato infracional, o Estado intervém como um coadjuvante na obrigação original e incompleta de educar atribuída aos pais ou responsável. O adolescente infrator é, pois, detentor de todas as garantias processuais consagradas pela Constituição Federal, até mesmo de forma mais eficaz, de modo que não restrinja a sua dignidade ou respeito aos direitos humanos fundamentais.

Contudo, no Procedimento Especial de Adolescente não se configura o rigor formal do processo penal comum. A principal razão dessa informalidade é o não comprometimento da finalidade assistencial e protetiva do infrator. Contudo, alguns doutrinadores defendem a implantação dos rigores do processo penal comum aos menores, embora essa opinião não seja pacífica. Para estes é suficiente que haja prova de materialidade e autoria para a instauração do procedimento.

Há de considerar-se, de plano, os direitos individuais consignados no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que toca aos adolescentes praticantes de atos infracionais. Naturalmente são direitos que acodem ao próprio texto Constitucional, cuja eficácia é assegurada pelas garantias do mesmo Diploma. Verifica-se, por conseguinte, que essas tutelas são especialmente aplicadas quando se trata de privação de liberdade do adolescente infrator.

Assim, como continuidade da norma prevista no art. 5º, LXI da Constituição Federal, nenhum adolescente poderá ser privado de sua liberdade senão em flagrante do ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Dessa forma, surpreendido em flagrante pela prática de ato infracional descrito como crime ou contravenção, o adolescente infrator será imediatamente apresentado à autoridade policial especializada.

Não haverá lavratura de auto de prisão em flagrante, vez que esta inexistente em

relação a menores. Também não haverá nota de culpa. A apresentação a autoridade supracitada ocorrerá para que o adolescente seja encaminhado ao Juiz competente, qual seja o da Vara da Infância e Juventude ou aquele que exercer essa função segundo as leis de organização judiciária locais. Infere-se, por conseguinte, que as prisões para averiguações estão vedadas, sendo ilegais. Vale salientar, por oportuno, que as garantias individuais de que tratam o art. 106 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente atingem somente estes últimos, já que as crianças que praticarem ato infracional estão livres de qualquer apuração de tais atos. Ocorrerá, sim, a sua sujeição à medidas protetivas ou tuitivas ancoradas no art. 101, I a VIII do Estatuto, que ser-lhes-ão aplicadas pelo Conselho Tutelar, se existir, ou pelo Juiz da Infância, de acordo com o caso concreto.

Na realidade, o Procedimento Especial de Adolescente inicia-se com a verificação da idade do infrator. Consoante o art. 54 da Lei 6.015/73 - Lei de Registros Públicos - o assento de nascimento consignará o dia, mês, ano e lugar de nascimento, além da hora exata, segundo a possibilidade de determiná-la ou aproximá-la. Assim, á primeira hora do décimo oitavo ano de nascimento, a pessoa tomar-se-á imputável penalmente. Certo é que a dificuldade dessa precisão gera algumas desconformidades legais, contudo, deve-se observar com o máximo de asseverância possível essa colocação cronológica do adolescente. Ora, é condição primordial que se verifique a inimputabilidade penal do agente para que lhe sejam aplicadas as normas pertinentes. Não é inútil salientar, entretanto, que a idade que se utiliza como base para os procedimentos é aquela da época do ato infracional, fazendo com que alguns imputáveis sejam submetidos às regras do Estatuto da Criança e do Adolescente se estavam no limiar cronológico da responsabilidade penal. O certo é que o procedimento esteja instruído com a cópia do documento de comprovação da idade do adolescente.

Apreendido, pois, em flagrante o adolescente infrator, será apresentado à

autoridade policial competente. Não será conduzido à Delegacia Especializada mediante violência, vexame ou constrangimento, o que poderá acarretar, se verificado, pena de até dois anos de prisão para o condutor (art. 230 e parágrafo único do ECA). O infrator poderá ser apreendido, ainda, mediante ordem judicial prévia. Efetuada a sua apreensão, não deve ser apresentado à autoridade policial, mas ao Magistrado.

O ideal é que existissem Delegacias Especializadas em todas as cidades, com profissionais capacitados para apurar os atos infracionais de autoria atribuída a adolescentes. Nos grandes centros, é possível encontra-las e para esse reduto policial é que devem ser encaminhados os menores apreendidos.

No flagrante de ato infracional grave, estabelece o art. 173 do Estatuto da Criança e do Adolescente como sendo aqueles cometidos mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa, deve a autoridade lavrar o Auto de Apreensão, ouvindo-se as testemunhas e o adolescente, apreender o produto ou instrumentos da infração, além de requisitar exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria daquela.

É importante destacar também o flagrante de adolescente em co-autoria com maior. Assim, surpreendido em flagrante de prática infracional, o adolescente e o adulto que estiver em sua companhia serão encaminhados à autoridade policial. Contudo, ao adolescente será reservado um procedimento posterior diferenciado, não podendo ser exposto a constrangimentos ou vexames, nem ser algemado ou conduzido com excessivo rigor de segurança. Muitos menores, sabedores desse tratamento diferenciado que a lei lhes confere, aproveitam-se de situações criminosas e quando surpreendidos pela polícia, adverte-a logo de sua condição de inimputável, muitas vezes num ato de afronta e zombaria, o que demonstra as personalidades desordenadas, que já não merecem tão peculiar tratamento. Se houver na cidade delegacia especializada, o adolescente deve ser conduzido a esta como outrora se

evidenciou. Quanto ao maior, será conduzido à delegacia de polícia comum.

Feito isto, à providência do art. 174 do Estatuto: “Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança social ou manutenção da ordem pública”.

Não sendo, porém, o adolescente liberado na forma do artigo supracitado, ele será apresentado ao membro do Ministério Público, que será feita com apresentação da cópia do Auto de Apreensão. É importante frisar que o infrator não poderá aguardar a sua apresentação ao Promotor em uma delegacia de polícia se há entidades de atendimento específico. E mesmo que tenha que permanecer em delegacia de polícia comum, por inexistir a especializada, jamais poderá ficar no mesmo ambiente que os adultos. A lei determina que a apresentação do infrator ao Ministério Público deverá ser feita em 24 horas de sua apreensão.

Perante o Promotor de Justiça, será feita a oitiva informal do adolescente, bem como de seus pais ou responsável, além das vítimas e testemunhas. Caso o infrator não se apresente, o Promotor poderá notificá-lo, seus pais ou responsável, podendo, inclusive, requisitar a condução coercitiva daquele, tanto pela Polícia Civil como pela Militar. Esta hipótese se configura com extrema frequência. Já que, a detenção do menor é exceção que só se efetua quando houver flagrante de ato infracional ou Mandado de Busca e Apreensão, que é uma variação da prisão preventiva.

Após a oitiva informal, o Promotor poderá tomar uma das providências dispostas no art. 180 do Estatuto, quais sejam : promover o arquivamento dos autos; conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.

Esmiuçando mais a possibilidade da concessão da remissão, ataca CHAVES (1997, p.78):

Ora, o art. 175 determina que o menor será ao Ministério Público e uma das providências a adotar seria a concessão da remissão (180,III). Remissão é o perdão judicial, que pressupõe a função judicante do seu aplicador. Sujeito ao princípio do contraditório Ministério Público, não pode exercer função jurisdicional, por absurdo.

A verdade é que são mesmo raros os casos de concessão da remissão pelo Promotor, que deve ser reduzida a termo fundamentado e submetido à homologação da autoridade judiciária, mas é costumeiro o procedimento da representação do infrator quando visíveis os indícios de materialidade e autoria.

Proposta a representação, que deve ser dirigida ao juiz, este a receberá e designará a audiência de apresentação do adolescente, decidindo também acerca de um possível pedido de internação provisória do mesmo. Se o infrator estiver internado provisoriamente, o procedimento não pode ultrapassar os quarenta e cinco dias. Serão notificados o adolescente e seus genitores ou responsável a comparecer à audiência de apresentação. Se estes últimos não forem localizados, o juiz dará curador ao infrator, que será o advogado do mesmo. Se este não for encontrado para receber a notificação, será expedido Mandado de Busca e Apreensão, sob o pretexto de cuidados, a fim de garantir a imperatividade do processo.

Na audiência de apresentação, o magistrado procederá à oitiva do adolescente, de seus genitores ou responsável e do Ministério Público. Se entender viável a concessão da remissão suspensiva, ponderando a gravidade do ato infracional e a periculosidade do infrator, ouvirá o parecer do Promotor, proferindo então a decisão. Não sendo possível a concessão da remissão, o juiz nomeará defensor ao adolescente que não tiver advogado constituído, designando a audiência de Instrução e Julgamento, intimando as partes, podendo desde logo requerer diligências e abrindo o prazo de 3 dias para que a defesa apresente alegações preliminares e o rol de testemunhas.

Durante a audiência de Instrução e Julgamento serão apresentadas as testemunhas do Ministério Público e do infrator, seguindo-se as alegações finais, que se requerida pelas partes sob forma de memorial, será concedido o prazo de 5 dias, tendo o juiz igual prazo para proferir sentença. Poderão ser aplicadas as seguintes medidas sócio-educativas, elencadas no art. 112 do Estatuto: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

O menor apontado como autor de infração penal pode resistir à pretensão do Estado em educá-lo ou reeducá-lo em condições de igualdade, tendo acesso a todos os atos do processo que visa a aplicação de medida restritiva ou privativa de liberdade, tendo efetiva oportunidade de participação na realização dos mesmos. A ampla defesa encontra-se delineada pela possibilidade do infrator produzir provas e alegações fáticas e jurídicas que indiquem a impossibilidade de aplicação de qualquer medida, através de sua defesa técnica. Com efeito, ao menor oriundo de família de baixa renda, impossibilitado, pois, de constituir advogado é assegurado a nomeação de Defensor Público, de maneira que não fique inferiorizado na relação processual.

1.4.1 O conselho tutelar e a criança infratora

“O Conselho Tutelar é um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta lei”. Este é o teor do art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse órgão é criado por Lei Municipal, estando, pois, vinculado ao poder Executivo Municipal.

Cumprido salientar que na elaboração desta lei, deverão ser observados critérios

como os aspectos geográficos, demográficos, culturais e econômico da região que vai ser atendida pelo Conselho Tutelar. Sendo órgão autônomo, suas decisões estão à margem de ordem judicial, de forma que as deliberações são feitas consoante as necessidades da criança e do adolescente sob proteção, não obstante esteja sob fiscalização do Conselho Municipal, da Autoridade Judiciária, do Ministério Público e entidades civis que desenvolvam trabalhos nesta área.

O Conselho será composto de cinco membros que guardem os requisitos ancorados no art. 133 do Estatuto, a saber: “reconhecida idoneidade moral; idade superior a vinte e um anos; residir no município. Contudo, esses requisitos não esgotam outros que possam ser estabelecidos a cargo das necessidades particulares de cada localidade, inclusive sobre a remuneração de seus membros, que são eleitos para um mandato de três anos permitida uma recondução (art. 132, ECA). A lei também disporá sobre o local, dia e horário de funcionamento do Conselho, bem como, quanto aos recursos necessários ao seu funcionamento, que fará constar previsão da lei orçamentária municipal.

À criança, cuja definição repousa no art. 20 da lei 8069/90, quando da prática de ato infracional a ela atribuída, surge uma das mais importantes funções do Conselho Tutelar, qual seja, a aplicação das medidas protetivas previstas no art. 101 da lei supra.

As medidas de proteção à criança podem ser definidas como genéricas e específicas. As primeiras decorrem da ação ou omissão da sociedade, que é um dos sujeitos que tem a obrigação de evitar que os direitos infanto-juvenis sejam desrespeitados. É o que se extrai do art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, na definição de LIBERATI (2000, p.65):

Quando o Estado e a sociedade, por qualquer motivo, não assegurarem aqueles direitos ou, oferecendo proteção aos direitos infanto-juvenis, o fizerem de forma incompleta ou irregular, estarão permitindo que os direitos da criança e do adolescente sejam ameaçados ou violados,

realizando o tipo descrito no inciso I.

Ainda nas medidas de proteção genéricas, aplicam-se quando ocorrer falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, o que acarreta uma situação de risco pessoal e social para a vida da criança. Por fim, em razão de sua própria conduta, a criança ou adolescente pode causar-lhe uma situação de risco, pelo que, lhes são asseguradas as medidas de proteção.

Quanto às medidas específicas, há que ter-se em primeira consideração que caberá ao Conselho Tutelar aplicá-las a crianças que praticarem atos infracionais, com a possibilidade de recurso para a autoridade judiciária. Desta feita, quando a criança pratica um ato infracional, deverá ser apresentado ao Conselho Tutelar, se estiver funcionando ou ao Juiz da Infância e da Juventude que o substitui nessa hipótese. A primeira medida a ser tomada será o encaminhamento da criança aos pais ou responsáveis, mediante Termo de Responsabilidade. É de grande importância que o menor permaneça junto à família, onde se presume encontrar apoio e incentivo, contudo se a convivência com esta for desarmoniosa, condição esta verificada após exaustivo estudo da equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, mediante laudo circunstanciado e apreciação do Conselho Tutelar ou do Magistrado, a criança será entregue à entidade assistencial, que será medida excepcional e provisória, enquanto não for feita a colocação em família substituta, não implicando em privação da liberdade. O apoio, orientação e acompanhamento temporários são procedimentos de praxe num e noutro caso. Os incisos III e IV do art. 101 do Estatuto acolhem a inclusão do menor na escola e de sua família em programas comunitários como forma de dar sustentação ao processo de reestruturação social. Neste tópico, comenta ALBERGARIA *apud* LIBERATI (2000, p.68):

O programa comunitário é um dos instrumentos da comunidade, por

meio do qual se efetua a participação ativa do Estado na execução da política social de proteção à infância e à adolescência. O programa comunitário é destinado à promoção do bem-estar humano e social da população marginalizada. Na execução desses programas, realiza-se a participação mais ampla da comunidade, mediante contribuição de recursos comunitários.

O Estatuto prevê ainda a possibilidade de requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, bem como a inclusão em programa oficial de auxílio a alcoólatras e toxicômanos. É necessário lembrar ainda que, todas essas medidas requerem a apresentação do menor aos órgãos competentes para avaliação do procedimento de reeducação social, bem como que serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, excetuando-se a medida de colocação em família substituta e os relacionados com perda e destituição do Poder Familiar, que serão julgados pela Justiça da Infância e da Juventude.

1.4.2 Das garantias processuais

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio a abolir a antiga ordem do Código de Menores que nada tutelava acerca das garantias processuais diferenciadas em relação aos menores infratores. Surgiram, pois, normas específicas que regulam o flagrante, a Busca e Apreensão e outros institutos do procedimento. Dessa forma, o art. 111 do Estatuto ancora algumas das garantias reservadas ao adolescente, sempre no sentido de promover a ressocialização deste e não apenas a sua punição, além de protegê-los da exagerada discricionariedade na apuração da infração.

Na verdade, o dispositivo supra mencionado foi buscar inspiração também na Carta Política de 1988, em seu art. 5º, LIV. E como ensina LIBERATI (2000, p.78):

A Constituição se incumbe de configurar o Direito Processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação de Direito Material, mas, sim, como um instrumento público de realização da Justiça.

A primeira das garantias expedidas aos adolescentes é o pleno e formal conhecimento da atribuição do ato infracional, mediante citação ou meio equivalente. Através desse conhecimento e da citação, o adolescente poderá lançar mão do contraditório através de defesa técnica feita por advogado, que também é uma garantia processual. Isso promoverá a sua igualdade processual, garantindo-lhe a oportunidade de confrontar-se com vítimas e testemunhas, produzindo todas as provas necessárias à sua defesa (inc. II). Por fim, ressalte-se que nenhum adolescente será processado sem defensor, que será nomeado pelo Juiz caso aquele não disponha de condições de constituir (inc. IV). O patrono do adolescente terá todos os direitos assegurados pelo art. 40 do Código de Processo Civil. Ademais, tem o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente, que é o juiz da Infância e da Juventude ou quem exercer as suas atribuições segundo as leis judiciárias locais (inc. V), bem como de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (inc. VI).

Conclui-se, por conseguinte, que essas garantias surgiram com o Estatuto vigente para reiterar e fortalecer o respeito à dignidade e liberdade dos adolescentes, o que não descaracteriza a função julgadora da justiça menorista, já que os direitos de terceiros devem também ser considerados em compasso com a importância de se estimular a reintegração do jovem à sociedade.

1.4.3 Os recursos no Estatuto da Criança e do Adolescente

Na conceituação de MARQUES (1986, p.113), recurso é: um procedimento que se forma, para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória ou acórdão. O pressuposto fundamental de todo recurso, e na Justiça da Infância e da Juventude não é diverso, é a sucumbência, ou seja, só a parte vencida pode pleitear a

reforma da decisão que lhe foi desfavorável, total ou parcialmente, pois só ela detém o interesse processual para tanto. Além disso, os princípios fundamentais que informam a teoria geral dos recursos também devem ser observados. Assim, utilizar-se-ão os princípios do duplo grau de jurisdição, da taxatividade, singularidade, fungibilidade, proibição da *reformatio in pejus*, etc.

Ao revés do revogado Código de Menores, o sistema recursal do ECA não é próprio, de modo que acompanha os recursos vigentes para o processo civil brasileiro no Código de Processo Civil. Aquele estabelecia dois recursos, quais fossem o administrativo, que poderia ser proposto pelo interessado e Ministério Público, tendo ou não efeito suspensivo; e o recurso por instrumento, cabível contra todas as decisões proferidas em procedimento de verificação de situação irregular, sendo recebido apenas no efeito devolutivo.

Saliente-se, pois, que se o Código de Processo Civil é aplicável aos procedimentos do ECA, só as decisões judiciais sujeitam-se aos recursos daquele Diploma, excluindo-se as decisões do Conselho Tutelar, que serão impugnadas por ação autônoma interposta perante a Justiça da Infância e da Juventude. Essa exceção também se aplica ao Ministério Público, em relação às decisões de arquivamento de inquérito civil, de peças de apuração de ato infracional e de concessão da remissão, já que são de natureza jurídica administrativa e não judiciais.

No que tange a custas e emolumentos, as ações e procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude, com base no Estatuto, são isentos de pagamento, daí porque, o preparo não é requisito de admissibilidade nesta Justiça Especializada, inexistindo, pois, o fenômeno da deserção. É o que se extrai do inciso 1 do art. 198 do ECA.

O prazo recursal no ECA está unificado no inciso II do artigo retro mencionado,

sendo de 10 dias para todos os recursos, exceto para os embargos de declaração contra acórdão, e agravo, que serão interpostos em 5 dias. Os embargos de declaração contra decisão interlocutória e sentença, acompanhando o art. 536 do Código de Processo Civil, serão interpostos em 5 dias.

Ressalte-se, outrossim, que os recursos oriundos da Justiça da Infância e da Juventude têm preferência de julgamento no Tribunal e dispensam revisor.

Em relação ao agravo, a norma do art. 528 do Diploma prefalado deve ser seguida indistintamente, fazendo com que o agravo seja necessariamente recebido pelo juízo *a quo*, proibindo, também este de exercer o juízo de admissibilidade, que só será feito pelo órgão que irá conhecer do recurso, ou seja, o juízo *ad quem*, intimando-se o agravado para, no prazo de 5 dias oferecer resposta e indicar as pesas a serem trasladadas.

JÚNIOR *apud* AMARAL E SILVA (2002, p.618), dispõe acerca dos efeitos dos recursos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Relativamente aos efeitos em que são recebidos os recursos, dois são os regimes do Estatuto: a) para as ações individuais, onde a prestação deduzida seja de direitos individuais, a regra é de que a apelação, o agravo, o recurso ordinário, o recurso especial e o recurso extraordinário sejam recebidos apenas no efeito devolutivo. Somente os embargos de declaração, os embargos infringentes, a apelação contra sentença que deferir adoção por estrangeiro e apelação, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, têm efeitos suspensivo e devolutivo; b) para as ações coletivas, vale dizer, ações civis públicas, onde a pretensão deduzida seja de direitos e interesses difusos ou coletivos, a regra é a mesma do item anterior, podendo o juiz, entretanto, conferir efeito suspensivo a todo e qualquer recurso, para evitar dano irreparável à parte (art. 215 do Estatuto).

A apelação será recebida apenas no seu efeito devolutivo, sendo também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Lado outro, os recursos especial e extraordinário serão recebidos

apenas no efeito devolutivo consoante a regra do art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90. O mesmo se diga para o recurso ordinário constitucional, seguindo a norma do art. 33 da mesma Lei.

Aos recursos de embargos de declaração, embargos infringentes, apelação e recurso ordinário serão atribuídos os efeitos devolutivo e suspensivo.

Andou bem o Estatuto ao permitir em seu sistema recursal o juízo de retratação feito pelo Juiz quando do exame das razões de apelação. Note-se, contudo, que esse reexame da decisão só poderá ser concretizado após a abertura do prazo de resposta para o recorrido, acudindo-se assim ao princípio constitucional do contraditório. Os autos principais, poderão subir, tratando-se de apelação. No caso do Juízo de Retratação se efetivar, com a conseqüente reforma da decisão recorrida, somente houver expressa solicitação do Ministério Público ou da parte, e nos 5 dias posteriores a nova decisão, é que os autos principais ou o instrumento serão remetidos ao órgão *ad quem*. Caso não haja reforma da decisão, os autos principais ou o instrumento deverão ser remetidos de ofício, em 24 horas, ao tribunal *ad quem*.

Adentrando na seara do ato infracional é importante destacar a polêmica possibilidade de renúncia do menor ao seu direito de apelar. Peca o Estatuto, pois, no que diz respeito a aplicação da medida sócio-educativa ao adolescente infrator, a impossibilitar o recurso de apelação, pelo defensor, ou ainda pelo Ministério Público em caso de renúncia, pelo adolescente, ao recurso.

O direito de renúncia à interposição do recurso, vem previsto no ECA e permite que o adolescente quando de sua intimação da decisão condenatória manifeste seu interesse em não recorrer da decisão. Essa manifestação pode ser certificada pelo Oficial de Justiça responsável pela intimação, impedindo a interposição do recurso pela defesa do adolescente, ou melhor, obstaculizando seu conhecimento, pelo segundo grau de jurisdição, diante do que dispõe o Código de Processo Civil.

Não atenta, entretanto, o processualista civil, para os critérios de efetividade dessa renúncia ou seja, das condições ou capacidade processual de seu autor ao afirmá-la. A regra que contempla a referida renúncia deve ser, entretanto, declarada inconstitucional, em se tratando o adolescente infrator de pessoa com idade inferior a vinte e um anos e, portanto, incapaz de avaliar a real extensão da aplicação da sentença condenatória e, mais ainda, das medidas sócio-educativas impostas, mormente a de internação ou semiliberdade, de nítido caráter sancionatório que pode se estender por período de até três anos. Ademais, a possível incapacidade do adolescente em evidenciar a possibilidade da aplicação de uma medida de internação, quando em realidade outra medida se impunha, como critério apto a evitar a internação, conforme disposto no artigo 122 do ECA., não é de pronto afastada. No mesmo sentido e com referencia às medidas de semiliberdade, BARATTA (2000, p.394) assevera: deve-se, portanto, considerar válido, também para a semiliberdade o limite de aplicabilidade estabelecido para a internação com os incisos I, II e III do *caput* do artigo 122 em relação a gravidade das infrações.

Há que se questionar, à luz desses argumentos interpretativos, como poderá o adolescente avaliar o princípio da excepcionalidade previsto na legislação especial e determinar sua renúncia ao recurso, mediante simples manifestação ao oficial de justiça, sem que seja assistido por curador, ou ainda, ouvido em juízo sobre essa renúncia? Como poderá dispor de uma ampla avaliação da sentença que lhe aplicou uma medida de internação ou semiliberdade? A toda evidência, o dispositivo fere as garantias individuais do adolescente infrator, impossibilitando, inclusive ao órgão do Ministério Público, que ao ver afastado seu pedido relativamente à “absolvição” do adolescente infrator, tenha reconhecido seu recurso de apelação ante a renúncia do adolescente a esse direito.

As conseqüências do processo são limitações ao princípio da inocência,

demonstrando-se de considerável gravidade quando referentes a um adulto, e em grau muito mais elevado, quando se refere ao adolescente infrator, constituindo-se em medida estigmatizante que afeta a auto-estima e faz aflorar a conduta desviante.

Dessa feita, mais uma razão se encontra em destaque de modo a evidenciar a real necessidade da interposição do recurso de apelação em favor do adolescente infrator não apenas porque não possui as condições necessárias para avaliar o que pode ou não ser favorável a sua pessoa, mas principalmente em obediência aos princípios constitucionais da mais ampla defesa e da presunção de inocência, reconhecidos quando da instauração do devido processo legal.

Conforme se verifica do Código de Processo Penal brasileiro em caso de renúncia de recurso pelo réu, maior de 21 anos, esta deverá ser tomada por termo perante o próprio juiz ou por petição própria. No caso, entretanto dos réus cuja idade situa-se entre 18 e 21 anos e, portanto caracterizada a menoridade do agente, a renúncia não impede a propositura da correspondente apelação pela defesa, tendo em vista a não compreensão, pelo agente, da extensão de sua condenação, pelo que impõe-se a efetiva avaliação da necessidade de interposição de recurso ou não, por parte de seu defensor, como critério apto a assegurar a ampla defesa e, via de consequência, o princípio da jurisdicionalidade.

Por fim, urge salientar a norma do art. 199 do ECA que disciplina o recurso de apelação a ser utilizado contra as decisões proferidas com base no art. 149 do mesmo Diploma. Para esses casos, as regras procedimentais são as mesmas do Código de Processo Civil, com as modificações do art. 198.

Conclui-se, pois, que a despeito de traduzir as mais modernas tendências na outorga das garantias fundamentais da criança e do adolescente, o Estatuto descuida dos direitos e garantias individuais do adolescente infrator, quando escolhe o Código de Processo

Civil como orientador do sistema recursal relativamente a prática do ato infracional criando, com isso, unia evidente infração aos princípios constitucionais orientadores de um processo penal garantista, se comparado o adolescente infrator aos criminosos maiores de 18 anos que se vêem tutelados pelo Código de Processo Penal, no que respeita ao devido processo legal. Basta a simples leitura dos artigos que evidenciam a apuração do ato infracional no Estatuto para que se verifiquem assegurados ao adolescente, uni procedimento orientado por princípios processuais de características garantistas e, por isso mesmo, característicos de um sistema acusatório. Isso porque, evidencia-se no Estatuto o fim primeiro de conferir aos adolescentes, ainda que infratores, e às crianças a garantia dos seus direitos fundamentais, somando-se aos mesmos, as garantias de submissão a um procedimento justo, adequado, isento de qualquer resquício ditatorial, em total correspondência com os ditames Constitucionais.

Além disso, é indiscutível que a lei se demonstra imbuída de fazer valer seu espírito garantidor dos princípios postos na Constituição Federal relativamente a seu público alvo. Entretanto, é de se ressaltar que o equivoco operado quando da determinação do procedimento recursal poderia ter sido, desde logo, dissipado estabelecendo-se um duplo sistema recursal: aquele destinado a proteção dos interesses e garantias da criança e adolescentes, de caráter eminentemente civil e por isso mesmo regulado pelo Código de Processo Civil, no intuito de fazer valer a função do processo civil que é a composição da lide; e um segundo, que diria respeito aos procedimentos de atos infracionais; de caráter eminentemente penal e regulado pelo Código de Processo Penal, para o fim da plena observância dos critérios orientadores do devido processo garantista.

1.4.4 Da prescrição e da decadência das medidas sócio-educativas

Importa salientar, preliminarmente, que as medidas sócio-educativas têm natureza

jurídica e filosófica diversas das penas criminais. Aquelas têm um aspecto reeducador, ou seja, uma finalidade retributiva., já que, impõe uma privação de um bem jurídico; preventiva, pois visa proibir a prática de novos atos infracionais; e reeducativa, intervindo no processo de desenvolvimento dos infratores, fazendo-os melhor compreender o sentido da convivência social saudável. Estas têm um caráter punitivo bem objetivo, delineado por normas processuais, cuja aplicabilidade independe do alvedrio do Magistrado.

O Estado tem um poder-dever de sócio-educar. Em outras palavras, é conferido ao Juiz da Infância e da Juventude a tarefa de adequar o infrator e o ato infracional por ele praticado à medida sócio-educativa mais adequada. A lei tutelar não fixa *in abstracto* os limites da medida e nem qual a correspondente ao ato infracional praticado. Dai decorre um importante questionamento em torno da prescrição e da decadência no Direito da Infância e da Juventude. É possível que, pelo fato da Lei 8.069/90 não tratar especificamente sobre esta matéria, este poder-dever subsista indefinidamente, possibilitando que a qualquer tempo a aplicação da lei supradita? Duas são as posições a respeito. Antes, porém, ao conceito doutrinário de prescrição penal, esboçado por JESUS (1999, p.721) : “e a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício”.

A primeira corrente sustenta que não há uma separação absoluta dos princípios aplicados ao Direito Penal no âmbito menorista, pelo fato de existirem muitas semelhanças entre as penas esculpidas no Código Penal e as medidas sócio-educativas, sobretudo pelo caráter de supressão de liberdade e vantagens que são inerentes aos cidadãos, verificadas em ambas as sanções. Assim, entendem como inconstitucional proporcionar ao jovem infrator normas mais benéficas, já que os atos infracionais não são atingidos pela prescrição ou decadência de forma explícita pela lei Tutelar. A prescrição das medidas sócio-educativas e de sua execução teria, pois, íntima relação com a legislação penal comum, reservando-lhes

algumas peculiaridades, quais fossem, a inexistência de preempção e decadência, por ser a ação sócio-educativa pública incondicionada; a fixação do prazo prescricional de pretensão sócio-educativa em 8 anos, qualquer que fosse o ato infracional, aplicando a regra do art. 109 do Código Penal ao máximo da medida mais extrema, além da fixação diferenciada de prazos para a prescrição subsequente, ou superveniente à sentença. As substituições de medidas, ancoradas no art. 113, c/c o art. 99 do ECA só seriam feitas dentro do prazo prescricional e a cumulação de medidas, faria com que o prazo prescricional fosse regulada pela mais gravosa. Com efeito, as regras que regulam a interrupção da prescrição e as que consideram alguns crimes como imprescritíveis também aplicar-se-iam às medidas sócio-educativas.

A segunda corrente, com a qual esposamos, evidencia com propriedade o caráter reeducador das medidas sócio-educativas previstas no ECA, de modo que o legislador atribuiu ao Estado o dever de aplica-las para resgatar o jovem infrator para uma vida saudável e feliz na sociedade. As medidas sócio-educativas enquanto normas sancionatórias têm um caráter retributivo, é bem verdade, mas mitigado, pois o seu principio é mesmo o de reabilitar o infrator. Daí o correto posicionamento de que estas medidas não se sujeitam à prescrição, pois não se assemelham às penas criminais. Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, é de ressaltar-se que as medidas sócio-educativas devem ter o legítimo interesse do Estado ao serem aplicadas, ou seja, um procedimento sócio-educativo só estará justificado quando houver necessidade de colheita de provas para julgar. Em muitos casos, o lapso temporal entre a prática do ato infracional e a apuração deste é tão grande, que o infrator pode-se mostrar já recuperado, mesmo sem a aplicação de qualquer medida, ou até mesmo ter sido aquela prática um único momento de desvio já suplantado. É inútil e ineficaz do ponto de vista pedagógico que se instaure um procedimento para apurar um ato infracional perdido no

tempo. A personalidade do infrator a ser norteadora da Justiça da Infância e da Juventude deve ser aquela da época da aplicação da medida e não da época do fato. Destarte, se há a necessidade imperiosa de aplicação da medida, não importa a época do ato infracional e ela deve ser aplicada, pois o Estado busca com ela a ressocialização do jovem, a preparação para que ele surja no seio social como um cidadão justo. Haveriam reflexos psicológicos negativos caso uma medida fosse imposta a um infrator que à época da apuração do ato infracional praticado não necessita da mesma. Geraria a reincidência, revolta, mágoa e descontentamento desnecessários.

Outro ponto de discussão, este menos polêmico é o que abrange a decadência. É quase unânime na doutrina o entendimento de que o termo final para que o Estado exerça a persecução penal no âmbito da Justiça Menorista, qual seja, a idade de 21 anos, coincida com a decadência, que é a perda do direito de ação do ofendido em face do decurso do tempo. Contudo, aqui tem natureza jurídica *sui generis*, já que não mantém consonância com nenhuma causa extintiva de punibilidade da legislação penal. O certo é que há a extinção dos procedimentos e das medidas quando alcançada a idade de 21 anos, ou quando ao infrator que alcançou a maioridade penal é aplicada pena privativa de liberdade, que coincidem com a Decadência. Cite-se, outrossim, que esta última constitui uma causa supra legal de extinção da medida sócio-educativa, aplicável essencialmente ao infrator entre 18 e 21 anos. Seria um despropósito a execução de duas reprimendas, uma da legislação penal comum e outra da legislação menorista. Assim, quando é aplicada uma pena ao infrator que cumpre medida de internação, a solução é a extinção da medida e o cumprimento da pena criminal imposta. Contudo, se o crime cometido pode ter o cumprimento da pena extinto antes do advento dos 21 anos do infrator, ele retomará à Justiça da Infância e da Juventude para continuar o cumprimento da medida anteriormente imposta.

Vê-se, pois, que as medidas sócio-educativas visam essencialmente a ressocialização do infrator e não a sua punição. Talvez por isso é possível que não haja uma lacuna na lei menorista quanto à prescrição, mas a desnecessidade de fixação de prazo para a imposição das medidas, dado o caráter essencialmente reabilitador destas.

CAPÍTULO 2

MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS. APLICAÇÃO E EFICÁCIA

Relutando-se ou não em nomeá-las como medidas sócio-educativas, as reprimendas impostas aos menores infratores não se furta do caráter punitivo-sancional, embora alguns doutrinadores as queiram colocar livre do enfoque penalista. O que se apura é a mesma coisa, ou seja, ato definido como crime ou contravenção penal.

Orienta GUSMÃO *apud* PAULA (1989, p.469) na justificação de seu esboço:

... o Juiz fará a aplicação das medidas segundo a sua adaptação ao caso concreto, atendendo aos motivos e circunstâncias do fato, condições do menor e antecedentes. A liberdade, assim, do magistrado é a mais ampla possível, de sorte que se faça uma perfeita individualização do tratamento. O menor que revelar periculosidade será internado até que mediante parecer técnico do órgão administrativo competente e pronunciamento do Ministério Público, seja decretado pelo juiz a cessação da periculosidade, assim, é um traço marcante no tratamento de menores. Toda vez que o juiz verifique a existência da periculosidade, ela lhe impõe a defesa social e ele, está na obrigação de determinar a internação.

Contudo, ao administrar as medidas sócio-educativas, o Juiz da Infância e da Juventude não se aterá apenas às circunstâncias e à gravidade do delito, mas sobretudo, às condições pessoais do adolescente, sua personalidade, suas referências familiares e sociais, bem como a sua capacidade de cumpri-la.

2.1 Da Advertência

Talvez seja a medida de maior tradição no Direito do Menor, tendo constado tanto no primeiro Código de Menores pátrio, o Código Mello Mattos, de 1927, no art. 175, como também no Código de Menores de 1979, no art. 14, I, figurando entre as chamadas “Medidas de Assistência e Proteção”.

Disciplinada no art. 115 do Estatuto vigente, é a primeira das medidas aplicável ao menor infrator que pratica infrações de pequena gravidade: pequenos furtos, vadiagem,

agressões leves. Diz o lacônico comando legal supra que “a Advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada, sendo, logo após, o menor entregue aos pais ou responsável”. Importa ressaltar que, para a sua aplicação basta a prova de materialidade e indícios de autoria, acompanhando a regra do art. 114, parágrafo único do ECA. Sobre o procedimento, ensina LIBERATTI (2000, p.85):

Como não terá o procedimento contraditório, a medida será aplicada em audiência e consubstanciada em termo próprio, onde constarão as exigências e orientações que deverão ser cumpridas pelo adolescente, e receberá a assinatura do Juiz, do Promotor, do adolescente e de seus pais ou responsável.

O fato é que nem sempre a advertência é a medida mais adequada, de sorte que o juiz deve examinar cautelosamente os fatos no sentido de apurar a sua gravidade. Por outro lado, a redução a termo da advertência se faz necessária para que se dê credibilidade à medida, ou seja, para demonstrar ao infrator o seu caráter de reprimenda, a fim de se obter o objetivo final, qual seja, a reeducação. Ademais, o Magistrado e o Promotor deverão ter muita cautela ao avaliar os casos concretos, atentando para atarem-se entre os limites da tolerância exagerada e do rigor excessivo. Aliás, dado a crescente marginalização dos jovens, a advertência tem-se tomado ineficaz e de pouca aplicabilidade, já que a violência contra a pessoa humana, tão difundida entre eles exige punições mais severas. Nesse sentido enfoca LIBERATTI (2000, p.82):

Nota-se que esse primeiro encontro do adolescente com a autoridade competente (Juiz ou Promotor de Justiça) poderá ser decisivo: ou será o início de sua recuperação, ou o início de sua recuperação carreira no crime, dependendo da forma de aplicação da medida (STJ, RE 24.437; TJSP, AI 16.986-0, Rel. Lair Loureiro).

Trata-se, pois, de uma medida singela, que busca principalmente repreender àqueles que, pelos impulsos próprios da juventude, cometem algum ato infracional.

2.2 Da Obrigação de Reparar o Dano

No caso da prática infracional com reflexos patrimoniais, o juiz pode utilizar-se da medida sócio-educativa disposta no art. 116 do Estatuto, determinando que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou por outra forma compense o prejuízo da vítima. Havendo, contudo, manifesta impossibilidade, a medida pode ser substituída por outra adequada. Assim, a obrigação de reparar o dano imposta ao infrator não tem somente o escopo literal da medida, mas visa inserir no menor as conseqüências do ato ilícito que praticou, atendendo mais uma vez a finalidade da medida, qual seja, a sua ressocialização.

O procedimento será contraditório, assegurado ao adolescente todas as garantias Constitucionais da ampla defesa, presunção de inocência e assistência técnica de advogado.

Questão relevante é a que diz respeito à pessoa que irá suportar a responsabilidade pela reparação do dano causado pela prática de ato infracional, Consoante o art. 928 do Código Civil de 2003, o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. No art. 5º do Diploma supracitado, está definido que a menoridade cessa aos 18 anos completos. Extraí-se, pois, que quando um adolescente com menos de 16 anos for considerado culpado e obrigado a reparar o dano causado, em virtude de sentença definitiva, a responsabilidade dessa compensação caberá, exclusivamente aos pais ou responsável, a não ser que o adolescente tenha patrimônio que possa suportar essa responsabilidade. Acima de 16 anos e abaixo de 18 anos, o adolescente será solidário com os pais ou responsável quanto à obrigações dos atos ilícitos por ele praticados. Isso conclui-se da interpretação do art. 932, I do Código Civil de 2002.

É de ressaltar-se, por fim, que a condição financeira dos infratores que os impedem até mesmo de construir um patrono, não raras vezes, inviabilizam a aplicação dessa

medida, quando a mesma deverá ser substituída por outra de mesma adequação, de modo que a medida tem tido alguma aplicação na Justiça da Infância e da Juventude especialmente aos adolescentes de classe alta, bem como àqueles pichadores do patrimônio público e privado. Em ambos os casos, notadamente neste último, a reparação dos prédios danificados tem sido efetuada com cautelas para não submeter o adolescente à humilhação pública.

2.3 Da Prestação de Serviço à Comunidade

Cuida-se de uma das inovações do estatuto, que veio acolher a medida introduzida na área penal, em 1984, pelas Leis nº 7.209 e 7.210, como alternativa à privação de liberdade.

Esta é uma das medidas mais aplicadas aos adolescentes infratores dado o seu caráter dúbio, ou seja, ao mesmo tempo que contribui com assistência a instituições de serviços comunitários e de interesse geral, desperta neles o prazer da ajuda humanitária. Assim, a finalidade primária que é a ressocialização passa a ser apenas urna conseqüência do trabalho realizado. Cumpre salientar que a aplicação dessa medida a menores infratores da classe média alcança excelentes resultados, pois os põe de frente com a realidade fria e palpitante das instituições públicas de assistência, fazendo-os repensar de maneira mais intensa o ato infracional por eles cometido, afastando a reincidência. A ressocialização é nesses casos é visível e freqüente. Afinal, a segregação raramente recupera e o trabalho comunitário é salutar tanto para os adolescentes como para a sociedade. Institui naqueles o instinto da responsabilidade e o estimula a interessar-se pelo trabalho, além do impulso extra imposto pela autoridade judiciária no sentido da retomada aos estudos por aqueles que o abandonaram. A medida sócio-educativa, prevista no art. 112, III, e disciplinada no art. 117 e seu parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consiste na prestação de serviços comunitários, por período não excedente a seis meses, junto a entidade assistenciais,

hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais. O trabalho é escolhido de acordo com as aptidões do adolescente, devendo ser prestado em dia e hora que não confrontem com suas atividades escolares. A jornada de trabalho não excederá a 8 horas semanais, e a medida, o prazo de 6 meses. Afinal, o infrator deve sentir o ônus da medida e as exigências de retribuição pela prática infracional, estando longe de parecer uma relação empregatícia. Além disso, deve ser imposto de acordo com a sua vontade conforme a situação concreta. A comunidade deve apoiar e fiscalizar o cumprimento da medida em conjunto com os educadores sociais, a autoridade Judiciária e o Ministério Público. A respeito desse tema, comenta MIRABETE *apud* LIBERATI (2000, p.88):

O sucesso da inovação dependerá, em muito, do apoio que a comunidade der às autoridades judiciais, possibilitando a oportunidade de trabalho para o sentenciado, o que já demonstra as dificuldades do sistema adotado diante da reserva com que o condenado é encarado no meio social. Trata-se, porém, de medida de grande alcance e, aplicada com critério, poderá produzir efeitos salutareos, despertando a sensibilidade popular. A realização do trabalho em hospitais entidades assistenciais ou programas comunitários poderá alargar os horizontes e conduzir as entidades beneficiadas a elaborar mecanismos adequados à fiscalização e orientação dos condenados na impossibilidade de serem essas atividades realizadas por meio do aparelhamento judicial.

A grande importância dessa medida reside no fato de constituir-se uma alternativa à internação, que só deve ser aplicada em caráter excepcional.

2.4 Da Liberdade Assistida

De plano, convém ressaltar que essa medida sócio-educativa tanto restringe direitos como liberdade. Não é exatamente uma medida segregadora, mas assume um caráter semelhante, já que importa em restrições vislumbradas na lei e pela autoridade Judiciária,

quando de sua aplicação.

Entre as diversas fórmulas e soluções apresentadas pelo Estatuto, para o enfrentamento da criminalidade infanto-juvenil, a medida sócio-educativa da Liberdade Assistida se apresenta como a mais gratificante e importante de todas, conforme unanimemente apontado pelos especialistas na matéria. Isto porque possibilita ao adolescente o seu cumprimento em liberdade junto à família, porém sob o controle sistemático do Juizado e da comunidade.

Através dessa medida, disciplinada no art. 118 do Estatuto, o infrator será encaminhado a uma pessoa capacitada que acompanhará o caso, além de auxiliá-lo e orientá-lo. Assim, durante o prazo fixado pelo magistrado, que será de no mínimo 6 meses, podendo a qualquer tempo ser revogada, prorrogada ou substituída por outra, ouvido o orientador, o Promotor e o defensor, o infrator deverá comparecer mensalmente perante o orientador para assinar sua freqüência. A medida destina-se, em princípio, aos infratores passíveis de recuperação em meio livre, que estão se iniciando no processo de marginalização.

Ao fixar essa medida, o juiz também determinará o cumprimento de algumas regras compatíveis com o bom andamento social do jovem, tais como: não se envolver em novos atos infracionais, não andar armado, não andar em más companhias, não freqüentar certos locais, obedecer aos pais, recolher-se cedo à habitação, retornar aos estudos, assumir ocupação lícita, entre outros. Além disso, algumas regras de Beijing foram implantadas na aplicação da medida, como analisa FREITAS *apud* AMARAL E SILVA (2002, p.388):

O legislador acolheu as regras de Beijing (ONU, 1985), onde a liberdade assistida foi abrigada como uma das várias opções de alcance das autoridades competentes para tanto (regra 18), obedecendo os princípios constantes da regra 17, que trata dos princípios que embasarão a decisão judicial e das medidas correspondentes: 17.1 A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: a) a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e gravidade da infração, mas também às circunstâncias e necessidades do menor, assim como às necessidades da sociedade;

b) as restrições à liberdade pessoal do menor serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível; c) ... d) o bem-estar do menor será o fator preponderante no exame dos casos. 18.1 Uma variedade de medidas deve estar à disposição da autoridade competente, permitindo a flexibilidade e evitando ao máximo a institucionalização. Tais medidas, que podem algumas vezes ser aplicadas simultaneamente, incluem: a) determinação de assistência, orientação e supervisão; b) liberdade assistida; c) ...

A cada 3 meses é feito um relatório comportamental do infrator, remetendo-se ainda ao seu relacionamento familiar e social. Nota-se, pois, que a finalidade precípua da mediada é a de vigiar, orientar e tratar o mesmo, de forma a coibir a sua reincidência e obter a certeza da recuperação. Ou seja, quando bem exercida, notadamente com subsídios especiais para o trato com menores problemáticos, tal medida traz excelentes resultados. A fixação do prazo é de, no mínimo, seis meses, podendo ser a qualquer tempo prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor (art. 118, § 2º, ECA). A medida não comporta a fixação de prazo máximo, pois deve ser aplicada enquanto houver necessidade de assistência.

No caso específico do Estado da Paraíba, normalmente é aplicada, concomitantemente, à Liberdade Assistida, a obrigatoriedade de freqüentar o Centro de Atividades Ocupacionais – CAO - onde são ministrados cursos profissionalizantes. Esse trabalho tem gerado excelentes resultados, já que o jovem cumpre as suas dívidas com a sociedade ao mesmo tempo em que aprende uma profissão com a qual possa ganhar a vida honestamente. O trabalho é importante porque viabiliza novas oportunidades e caminhos para o jovem infrator, visto que, se ele não é colocado profissionalmente, não terá condições de sobreviver e, fatalmente, voltará a delinquir.

2.5 Do Regime de Semiliberdade

Na definição de LIBERATI², veja-se: “por semiliberdade, como regime e política de atendimento, entende-se aquela medida sócio-educativa destinada a adolescentes infratores que trabalham e estudam durante o dia e à noite recolhem-se a uma entidade especializada”.

Na verdade, são dois os tipos de semiliberdade, a saber: tratamento tutelar determinado desde o início pela autoridade judicial, mediante aplicação do devido processo legal; progressão de medida, passando o adolescente internado para a semiliberdade, como benefício.

À guisa do próprio termo, a semiliberdade consiste num tratamento tutelar feito, na maioria das vezes, no meio aberto, o que sugere, necessariamente, a possibilidade de realização de atividades externas, tais como a freqüência à escola, relações de emprego, entre outras. Note-se que essas são finalidades precípuas da medida, que se não aparecerem, aquela perde a sua essência.

Observam COSTA e LOPES *apud* LIBERATI (2000, p.91):

O regime de semiliberdade destina-se, sobretudo, aos menores cuja agressividade, oposição ou instabilidade se explicam por frustrações afetivas, traumatismos de afetividade ou sentimentos de inferioridade; e ainda a menores cuja inadaptação resulta da falta de direção familiar ou da extrema fraqueza dos pais. Daí a necessidade do exame médico-psicológico e social do menor candidato ao regime de semi-internato, que não será obtido sem essa prévia observação científica do menor.

Os resultados a serem obtidos em programas de atendimento, seja à criança e a ao adolescente, seja até mesmo aos adultos condenados, ou mesmo em qualquer outro serviço assistencial, dependem muito do interesse e da dedicação de uma equipe devidamente preparada e de uma chefia consciente e atuante na busca de resultados concretos, pois,

² Wilson Donizete. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

enquanto os problemas sociais estiverem afetos a políticos em busca de promoções pessoais, até as verbas públicas serão desviadas para a sua propaganda e faltarão sempre para os serviços essenciais.

Na prática, como medida inicial, a semiliberdade é pouco utilizada, quando é aplicada a Liberdade Assistida já mencionada, contudo, com o fito de preservar os vínculos familiares e sociais, o Estatuto inovou ao permitir a sua aplicação desde o início do atendimento, possibilitada a realização de atividades externas, independente de autorização judicial (arts. 112, V, e 120, §§ 1º e 2º, ECA). A grande ocorrência dessa medida é verificada mesmo no processo de transição do meio fechado para o aberto. Assim como a Liberdade Assistida apresenta elevados índices de satisfação, notadamente em virtude a assistência prestada pelas equipes de psicólogos, assistentes sociais, nutricionistas e recreadores que supervisionam de perto todo o processo. É obrigatória a escolarização e profissionalização do menor, não comportando a medida, prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

2.6 Da Internação

Está disposta no art. 121 e parágrafos do Estatuto. Constitui-se de uma das mais complexas medidas sócio-educativas a serem aplicadas, pois embora o Diploma preveja objetivamente os casos para a sua utilização, o famigerado discernimento do juiz, aumenta-lhe o arbítrio.

No debate que se trava no meio jurídico, emerge com clareza, em um extremo, os partidários da Doutrina do Direito Penal Máximo, idéia fundante do movimento Lei e Ordem, que imagina que com mais rigor, com mais pena, com mais cadeia, com mais repressão em todos os níveis, haverá mais segurança. No outro extremo, os seguidores da idéia do

Abolicionismo Penal, para quem o Direito Penal com sua proposta retributiva faliu, que a sociedade deve construir novas alternativas para o enfrentamento da criminalidade, que a questão da segurança é essencialmente social e não penal, etc.

Em meio a estes extremos que se opõem há a Doutrina do Direito Penal Mínimo, que reconhece a necessidade da prisão para determinadas situações, que propõe a construção de penas alternativas, reservando a privação de liberdade para os casos que representem um risco social efetivo, buscando nortear a prisão por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade, havendo clareza que existem circunstâncias que a prisão se constitui em uma necessidade de retribuição e educação que o Estado deve impor a seus cidadãos que infringirem certas regras de conduta.

Surge, então, o maior problema enfrentado pelo direito menorista, qual seja a eficácia da cadeia para os jovens infratores. Daí emerge outra discussão veemente: a redução da maioridade penal. Os punitistas defendem essa diminuição porque a marginalidade está crescendo a cada nova estatística, o que demonstra a ineficiência das reprimendas atuais. Em contrapartida, surge a opinião daquelas que entendem a justiça dos menores, operacionalizada adequadamente, emendando-se as falhas do estatuto, que fez ressurgir a onda pela redução da idade da responsabilidade penal, é a solução. O ideal é que o menor continue sempre sob os cuidados paternos, no seio de sua família legítima ou substituta, evitando-se ao máximo o seu possível internamento, que só deve ocorrer em última hipótese, em caso excepcional, tratando-se de menor abandonado ou infrator.

É importante salientar que três princípios norteiam a aplicação da medida sócio-educativa de internação, a saber: da brevidade; da excepcionalidade; do respeito a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Analisemos, pois, cada uma.

Pelo princípio da brevidade entende-se que a internação deverá ter um tempo

determinado para a sua duração, qual seja, o mínimo de seis meses (art. 121, §2º, ECA) e o máximo de 2 anos (§ 3). A exceção fica por conta do art. 122, § 1º, III, que estabelece o período máximo de três meses de internação nas hipóteses de descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta; o mínimo, neste caso, fica a critério do juiz.

Pelo princípio do respeito ao adolescente, em condição peculiar de um ser em desenvolvimento, o estatuto reafirma que é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança (art. 125, ECA).

Daí, surge um importante questionamento, qual seja a finalidade da internação.

Destaca PAULA *apud* LIBERATI (2000, p.95):

A internação tem finalidade curativa e educativa. É educativa quando o estabelecimento escolhido reúne condições de conferir ao infrator escolaridade, profissionalização e cultura, visando a dotá-lo de instrumentos adequados para enfrentar os desafios do convívio social. Tem finalidade curativa quando a internação se dá em estabelecimento ocupacional, psicopedagógico, hospitalar ou psiquiátrico, ante a idéia de que o desvio da conduta seja oriundo da presença de alguma patologia, cujo tratamento em nível terapêutico possa reverter o potencial criminógeno do qual o menor infrator seja portador.

O certo é que a medida sócio-educativa de internação tem que continuar no sistema penal juvenil. É impossível que a sociedade continue à mercê dos delitos cada vez mais graves dos adolescentes violentos e frios. Isso não quer dizer que a internação seja uma forma cruel de punir seres humanos em estado de desenvolvimento psicossocial. Afinal, a medida é até muito branda, já que tem prazo máximo de 3 anos, podendo a qualquer tempo ser revogada ou sofrer progressão, conforme os relatórios apresentados pelo centro de internação sejam favoráveis reinserção do menor na sociedade e na família. Além disso, a internação é a medida última, extrema, aplicável somente aos indivíduos que revelam perigo concreto à sociedade, costumazes delinquentes. O que não se pode é fechar os olhos a esses

criminosos, que já se apresentam perigosos, pelo simples fato de serem menores. E se a prática infracional ocorrer no limiar da imputabilidade e da inimputabilidade? Dias ou horas não são suficientes para definir a responsabilidade penal do ser humano. Mas a falha gritante do Estatuto é a discricionariedade do julgador, extremamente notável na aplicação da internação, de forma que não só os aspectos objetivos do tipo devem ser ponderados, como também a periculosidade, a reincidência e a culpabilidade do infrator. Emergem daí, então, a psicologia, a pedagogia, o serviço social, fazendo aparecer os imperiosos Direitos Humanos, dificultando o trabalho do Poder Judiciário.

A internação nem de longe lembra os calabouços sujos e sombrios dos presídios. São unidades especiais, dotadas de todos os serviços psicossociais, as mais variadas e modernas formas de terapias, sejam elas com fins exclusivamente terapêutico ou de ocupação, recreação, educação religiosa. O objetivo não se afasta da ressocialização, repelindo totalmente a punição, que já se sabe, não recupera.

Será sempre cumprida em local exclusivo para adolescentes, observados os critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Contudo, a falta de critérios para o desenvolvimento da medida sócio-educativa de internação deriva em reações plausivelmente esperadas, como aquelas exemplificadas pelas rebeliões, tão constantes nas unidades segregadoras. O abismo existente entre a legislação e a prática é que não há entidades especializadas suficientes para atender à crescente demanda dos menores submetidos à internação. Mas é inevitável admitir que se a lei fosse cumprida fielmente não haveria razão para tanta indignidade dos humanistas em relação à privação da liberdade dos menores, que têm todas as garantias processuais pertinentes a todos os delinqüentes, sejam eles maiores ou não, reforçadas ainda pelos direitos do art. 124 do Estatuto. Completados, pois, 21 anos, o adolescente internado pela prática de ato infracional quando menor de 18

anos será compulsoriamente liberado (art. 121, § 5º, ECA). Após essa idade não será aplicada mais nenhuma medida sócio-educativa pela autoridade judiciária, nem mesmo aquela de que trata o parágrafo único do art. 2º.

O art. 122 do Estatuto elenca as possibilidades de aplicação da medida, a saber: quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Ressalte-se, que essa enumeração é taxativa, de modo que não será aplicada a medida em situações em que a lei não preveja.

O âmbito de eficácia da ameaça é delimitado por MIRABETE *apud* LIBERATI (2000, p.99):

Quando empregada para obrigar alguém a fazer algo, é constrangimento ilegal (CP, art. 146); quando utilizada para obter coisa alheia móvel, é roubo (CP, art. 157) etc. nesse caso, quando praticada em sentido instrumental, é ela componente do crime complexo ou circunstância qualificadora do delito.

Deve-se ter em conta, entretanto, que a ameaça deve ser grave, ou seja, levada em consideração todas as situações particulares da vítima, tais como: idade, sexo, estado de saúde, entre outras.

A condição de aplicação de internação por reiteração no cometimento de infrações graves, justifica-se para o jovem que, já tendo sido sentenciado com a aplicação de alguma medida; retome o cometimento de outras infrações graves, dando conta de que a medida anteriormente imposta não foi suficiente para recuperá-lo e devolvê-lo em condições normais de convivência à sociedade. Se o infrator reincide, há uma severidade maior ao puni-lo.

No que tange à condição de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta, de modo que, o adolescente não deixará de cumprir a medida por ele descumprida, como também cumprirá, independente do novo ato infracional praticado, após a

instauração do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, os três meses de internação que o inciso III do art. 122 do ECA. Essa hipótese de internação também é conhecida na doutrina como internação instrumental.

A internação provisória, determinada pelo Magistrado, dar-se-á nas seguintes hipóteses: prática de ato infracional com as características evidenciadas nos incisos I, II e III do art. 122; bem como se não for possível a imediata liberação do adolescente infrator a seus pais ou responsável; ou ainda, se as conseqüências e gravidade do ato praticado reclamarem a segurança e proteção do adolescente. Frise-se, por oportuno, que essa medida não será cumprida em repartição policial, salvo se não houver estabelecimento especializado na comarca, devendo o mesmo ficar separado dos adultos, com instalações adequadas e não podendo ultrapassar 5 dias, sob pena de responsabilidade (art. 185, § 20, ECA). Da mesma sorte, o procedimento será encerrado em 45 dias, o que acarretará a liberação do adolescente, caso não se configure.

Assente-se que, a medida de internação submete-se ao princípio da excepcionalidade, não podendo ser aplicada se houver outra adequada que a substitua.

Essa fixação de casos concretos aproxima-se do ideal modelo de legislação, mas ainda deixa lacunas, já que, só ao julgador caberá decidir o que é ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa, afinal não está disposto que trata-se de roubo, estupro, homicídio, latrocínio ou qualquer outro.

CAPÍTULO 3

A RELAÇÃO ENTRE O ECA E OUTROS RAMOS DO DIREITO

3.1 A Discussão do Rebaixamento da Imputabilidade Penal

Afinal, a solução no combate à criminalidade, em especial nos grandes centros urbanos, passa pela redução da idade de imputabilidade penal hoje fixada em 18 anos? Alguns setores dão tanta ênfase a esta proposta que induzem a opinião pública a crer que seria a solução mágica na problemática da segurança pública, capaz de devolver a paz social tão almejada por todos.

A inimputabilidade como causa de exclusão da responsabilidade penal não significa, absolutamente, irresponsabilidade pessoal ou social. O clamor social em relação ao jovem infrator (menor de 18 anos) surge da equivocada sensação de que nada lhe acontece quando autor de infração penal. Seguramente a noção errônea de impunidade se tem revelado no maior obstáculo à plena efetivação do ECA, principalmente diante da crescente onda de violência, em níveis alarmantes. Todo o questionamento que é feito por estes setores parte da superada doutrina que sustentava o velho Código de Menores, que não reconhecia a criança e o adolescente como sujeitos, mas mero objetos do processo. Daí crerem ser necessário reduzir a idade de imputabilidade penal para responsabilizá-los.

A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Penal não o faz irresponsável. Ao contrário do que sofismática e erroneamente se propala, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente faz estes jovens, entre 12 e 18 anos, sujeitos de direitos e de responsabilidades e, em caso de infração, prevê medidas sócio-educativas, inclusive com privação de liberdade.

Diferentemente do que é bradado, a máxima “com menor não dá nada”, está em

desacordo com o que preceitua nosso sistema. O Estatuto prevê e sanciona medidas sócio-educativas eficazes, reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade ao infrator, não sentenciado, inclusive em parâmetros mais abrangentes que o CPP destina aos imputáveis na prisão preventiva, e oferece uma gama larga de alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas.

A propósito dessa medida privativa de liberdade, internação na linguagem da lei, o que a distingue fundamentalmente da pena imposta ao maior de 18 anos é que, enquanto aquela é cumprida no sistema penitenciário, que todos sabem o que é, nada mais fazendo além do encarcerar, onde se misturam criminosos de toda espécie e graus de comprometimento, aquela há que ser cumprida em um estabelecimento próprio para adolescentes infratores, que se propõe a oferecer educação escolar, profissionalização, dentro de uma proposta de atendimento pedagógico e psicoterápico, adequados a sua condição de pessoas em desenvolvimento. Daí não se cogitar de pena, mas sim, medida sócio-educativa, que não pode se constituir em um simples recurso eufêmico da legislação.

O argumento de que cada vez mais os adultos se servem de adolescentes para a prática de crimes e que por isso faz-se necessária a redução da idade de imputabilidade penal, se faz curioso.

O Estatuto oferece amplos mecanismos de responsabilização destes adolescentes infratores, e, o que se tem constatado, em não raras oportunidades, é que, enquanto o co-autor adolescente foi privado de liberdade, julgado e sentenciado, estando em cumprimento de medida, seu parceiro imputável muitas vezes sequer teve seu processo em juízo concluído, estando freqüentemente em liberdade.

A ação efetiva de todos os agentes envolvidos com a questão infracional passa, necessariamente, por um comprometimento de todos os atores deste processo, desde Polícia,

em uma ponta, até o Juiz, na outra. Para isso há de existir decisão política e engajamento de todos os poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, fazendo valer a prioridade absoluta preconizada no art. 227 da Constituição Federal. O Estatuto é uma receita que a nós cumpre aviar.

Outra questão que tem sido levantada se refere ao módulo máximo de internamento de um adolescente infrator, fixado em três anos, com limite em 21 anos de idade para sua liberação. A matéria, embora admita avaliação, merece algumas reflexões frente ao conjunto do sistema penal do imputável, apresentado como solução ao controle da criminalidade. Deve-se considerar, por exemplo, que, para um adulto permanecer três anos “fechado”, sem perspectiva de alguma atividade externa, sua pena deverá situar-se em um módulo não inferior a dezoito anos de reclusão, eis que cumpridos 1/6 da pena (que são os mesmos três anos a que se sujeita o adolescente) terá direito a benefício. Não se pode desconsiderar, no caso do adolescente, que três anos na vida de um jovem de 16 anos representa cerca de 1/5 de sua existência, em uma fase vital, de transformações, na complementação da formação de sua personalidade, onde se faz possível a fixação de limites e valores.

Outro argumento utilizado na justificação da redução da idade diz respeito ao fato de o jovem poder votar, escolhendo desde Presidente da República até Vereador. Dizer-se que se o jovem de 16 anos pode votar e por isso pode ir para a cadeia é uma meia-verdade (ou uma inverdade completa). O voto aos 16 anos é facultativo, enquanto a imputabilidade é compulsória. De resto, a maioria esmagadora dos infratores nesta faixa de idade sequer sabem de sua potencial condição de eleitores; falta-lhes consciência e informação.

A propósito a legislação brasileira fixa diversos parâmetros etários, não existindo uma única idade em que se atingiria, no mesmo momento, a “maioridade absoluta”. Um

adolescente pode trabalhar a partir dos 14 anos e, no plano eleitoral, estabelece que o cidadão para concorrer a vereador deve ter idade mínima de 18 anos; 21 anos para Deputado, Prefeito ou Juiz de Paz; 30 anos para Governador, e 35 anos para Presidente, Senador ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Outro ponto objeto da argumentação pelo rebaixamento diz respeito ao discernimento. De que o jovem de hoje, mais informado, amadurece mais cedo. Ninguém discute a maior gama de informações ao alcance dos jovens. A televisão hoje invade todos os lares com suas informações e desinformações, trazendo formação e deformação.

Considerando o desenvolvimento intelectual e o acesso médio à informação, é evidente que qualquer jovem, aos 16, 14 ou 12 anos de idade é capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos. Esse raciocínio sobre o discernimento, levado às últimas conseqüências, pode chegar à conclusão de que uma criança, independentemente da idade que possua, deva ser submetida ao processo penal e, eventualmente, recolhida a um presídio, desde que seja capaz de distinguir o “bem” do “mal”.

O que cabe aqui examinar é a modificabilidade do comportamento do adolescente, e sua potencialidade para beneficiar-se dos processos pedagógicos, dada sua condição de pessoa em desenvolvimento. A opção por um tratamento diferenciado ao jovem infrator, conceituado como delinqüente na linguagem dos opositores do ECA, resulta de uma disposição política do Estado, na busca de uma cidadania que se perdeu, ou sequer foi conquistada.

Revela a história que a preocupação oficial sobre a questão do jovem, como sujeito de um direito diferenciado, encontra precedente histórico apenas em 1896, em Nova Iorque, quando foi registrado o primeiro processo judicial efetivo tendo como causa maus-tratos causados a uma menina de nove anos de idade pelos seus próprios pais. A parte que

propôs a ação foi a Sociedade Para a Proteção de Animais, de Nova Iorque. Dessa sociedade é que surgirá a primeira liga de proteção à infância.

A criminalidade juvenil crescente há de ser combatida em sua origem, ou seja, a miséria e a deseducação. Não será jogando jovens de 16 anos no falido sistema penitenciário que se poderá recuperá-los. Mesmo aqueles de difícil prognóstico respiratório a sociedade tem o dever de investir, máxime porque a porcentagem daqueles que se emendam, dentro de uma correta execução da medida que foi aplicada, faz-se muito maior em justifica plenamente o esforço. Não for pensado assim, amanhã estar-se-á questionando a redução da idade de inimputabilidade penal para doze anos, e depois para menos, quem sabe, até que qualquer dia não faltará quem justifique a punição de nascituros, preferencialmente se pobres.

3.2 Os Reflexos do Novo Código Civil no Estatuto da Criança e do Adolescente

É quase que de conhecimento geral que a maioridade civil fora reduzida, com a inserção do novo Código Civil. O que antes era de 21 anos, hoje, o é de 18 anos.

Ressalte-se, assim, que o Novo Código Civil não pretendeu introduzir nenhuma mudança no Estatuto da criança e do Adolescente. Eram esperadas, é bem verdade, toda essa profusão de iniciativas e discussões, partindo de diferentes setores da sociedade, tendentes a interpretar a recente Codificação, qual seja a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. A abolição do limite de 21 anos, e a conseqüente equiparação do marco responsabilidade civil ao da penal, vem seduzindo alguns intérpretes a encontrar uma interferência do novo Código Civil nas regras do processo por ato infracional prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O início da vigência do ECA, em 1990, marcou o abandono do Direito de Menores e o início da adoção do chamado Direito da Infância e da Juventude. A opção teve

como fundamento o abandono da doutrina da situação irregular, em favor de um sistema de proteção integral.

As medidas e conseqüências previstas no Estatuto, de fato, tinham, e têm, como limite máximo a idade de 21 anos. Até 10 de janeiro de 2003, esse limite coincidia com a maioridade civil estabelecida no Brasil desde 1916, qual fosse, 21 anos. Fundamental é perceber que não estávamos, como não estamos, diante de uma providência legal tutelar ou protetiva fundada na relativa incapacidade do agente.

Assim, é de salientar-se que não se possibilitava ,como não se possibilita, a incidência das medidas do ECA até os 21 anos em razão da incapacidade do infrator. Não era essa a razão do dispositivo legal. O ECA menciona o limite máximo da sua intervenção aos 21 anos; é verdade, porém não porque considera o autor da infração relativamente incapaz e, sim, porque detrás disso tudo, acham-se razões de prevenção especial e geral.

Se compararmos as medidas legais que o Código de Processo Penal tomava frente a quem não tinha 21 anos, tais como a nomeação de curador, dupla titularidade para o exercício do direito de queixa ou de representação, entre outras, veremos que, aí sim, eram providências legais protetivas, tutelares, fundadas na relativa incapacidade da pessoa para praticar atos da vida civil assim como processuais. O novo Código civil, portanto, revogou ou derogou todos esses dispositivos legais protetivos do Código de Processo Penal, porque agora a pessoa com 18 anos pode praticar todos os atos da vida civil e processuais livremente. No que concerne ao Direito penal e ao ECA, entretanto, praticamente nenhum efeito derogatório deriva da nova maioridade fixada pelo Código civil.

O fundamento de se submeter o ex-menor (o jovem-adulto), até aos 21 anos, às medidas do ECA, não estava na sua relativa incapacidade para a prática de atos civis, senão na necessidade de recuperá-lo para a convivência em sociedade assim como de intimidar ou desestimular os potenciais autores de atos infracionais. Assim, pela opinião da maioria doutrinária incipiente, todo processo em andamento ou findo deve continuar tramitando

normalmente, até que o agente cumpra os 21 anos. Não se deu a perda de objeto da atividade Estatal. O Estado pode e deve fazer cumprir as medidas impostas aos ex-menores (jovem-adultos). O fato de o ex-menor ter alcançado a maioridade civil (18 anos) em nada impede que o Estado continue exercendo seu direito de executar as medidas aplicadas. Não há dúvida que o limite máximo para a incidência do ECA é a idade de 21 anos até 10 de janeiro de 2003, como salientamos, com a maioridade civil. Fundamental é recordar que antes quando o agente atingia 21 anos acabava o direito de punir do Estado não porque ele passava a poder praticar livremente os atos da vida civil, sim, porque essa idade (21 anos) era e é o patamar que o legislador reputou como razoável para a incidência das medidas do ECA, em termos de prevenção geral e especial.

Estabelecida uma regra particular de responsabilidade para o adolescente, pode-se então contestar qualquer intromissão do novo Código Civil no processo de apuração de ato infracional cometido por adolescente.

Na orientação de PAULA (2002, p.83):

Como as principais relações jurídicas entre o mundo infanto-juvenil e o mundo adulto encontram-se disciplinadas no micro-sistema criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a elas são aplicáveis as normas nele previstas. Somente devem incidir as normas do Código Civil, do Código de Processo Civil, etc., quando houver lacuna no Estatuto da Criança e do Adolescente, e mesmo assim se não forem incompatíveis com os seus princípios fundamentais.

O novo Código Civil não pretendeu introduzir nenhuma mudança. A histórica separação entre as hipóteses de responsabilidade penal e civil nunca mudou: enquanto a pena criminal tem uma orientação retributiva e uma face preventiva, a maioridade civil serve a conferir ao indivíduo plena aptidão para o exercício de seus direitos. Foi esse argumento que permitiu que, em 6 de novembro de 2002 a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados aprovasse a transformação em projeto de lei do

anteprojeto que atualiza o ECA. Uma das mudanças propostas é aumentar em um ano o prazo da medida de internação: do máximo de três anos, em vigor hoje, o Juiz poderia aplicar a medida por até quatro anos; e a liberação, que aos 21 anos é obrigatória, poderia se estender até os 22 anos.

Contudo, existem opiniões em contrário que merecem ser citadas. Por certo, alguns doutrinadores e mesmo juristas, afirmam que diante da ausência da clareza da norma, a maioria dos estudiosos situar-se-á na ótica de manter-se a pretensão punitiva do Estado, até que se alcance o limite legal, expresso no ECA, de 21 anos, a despeito da mudança estatuída quanto à maioria no novo Código Civil. Essa posição é veemente repelida pelos que entendem que a interpretação teleológica e equitativa do Estatuto da Criança e do Adolescente deve prevalecer. Ou seja, afirmam que o próprio ECA se direciona a este entendimento quando, em seu artigo 6º preceitua que, 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. De outro tocante, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) prevê, também, a aplicação do método teleológico, atribuindo-lhe, assim, uma necessidade de interpretar-se a norma de acordo com às necessidades do momento, às novas circunstâncias.

Para estes, desumano e contrário aos fins sociais, seria, então, manter o comprometimento sócio-educativo do infrator, até que perdesse a idade de 21 anos, quando, no momento atual, a maioria civil fora reduzida para 18 anos. Entendem, assim, não restar dúvida que a forma mais benéfica e humana, que é a finalidade última do ECA, seria, diante de uma interpretação equitativa e teleológica das normas citadas, extinguir qualquer pretensão coercitiva ao menor infrator, quando atingido a idade, ora reduzida, de 18 anos.

Entretanto, quando o ECA prevê que suas medidas podem alcançar até a idade de 21 anos, o faz não como medida protetiva ou tutelar fundada na capacidade relativa do agente, senão como instrumento de proteção do próprio jovem-adulto e da sociedade. Os interesses em jogo não são exclusivamente os do ex-menor (infrator). Também há relevantes interesses da sociedade, tais como a prevenção de infrações, em tudo isso. Por isso que a nova maioridade civil em nada afetou a vigência ou validade do ECA. *Ubi eadem ratio idem jus*: onde as mesmas razões, o mesmo Direito. Porém, onde não coincidem as razões, o Direito não pode ser o mesmo.

CONCLUSÃO

Como ressaltai no início deste trabalho monográfico o quão profundo é este tema, já que envolve crianças e adolescentes, ditos marginais pela sociedade, mas que guardam em seu interior, na sua personalidade ainda não formada e já deformada, uma profundidade de receios, medos, tristeza e abandono. Na verdade, os jovens infratores são postos em grande evidência pela sociedade, que critica as suas ações descompassadas com a normalidade social. É bem verdade que muitos deles são mesmo aprendizes de marginais perigosos, com tendência inegável para o crime, mas a grande maioria sofre o abandono social que começa pela família, constituída muitas vezes de pais drogados, alcoólatras, desempregados, que não oferecem qualquer sensação de segurança a seus filhos, que acabam esbarrando nas facilidades enganosas do crime.

As políticas sociais básicas de saúde, educação e segurança estão muito aquém das necessidades das famílias brasileiras, e as crianças e jovens, acostumados a encarar essa realidade desde muito cedo, sentem-se desprotegidos, desiguais. Começa a migração desesperada para as ruas, e meninos e meninas começam a participar de uma realidade escura e triste, que contrapõe-se às luzes de seus sonhos. Expostos às mais diferentes e perigosas sensações de liberdade, adquirem uma independência precoce, forçada, e freqüentemente suportada por delitos. São na maioria negros e pobres arrancados do seio da família por situações adversas. Nas ruas, sofrem privações e preconceitos, potencializando a sua revolta e indignação. Não se pode justificar o vertiginoso crescimento da delinqüência juvenil pela falta de esteio familiar, falta de educação, de saúde e lazer satisfatórios, pela inchação das grandes cidades e o desemprego. Nada justifica o crime, mas impulsiona o ser humano para ele e estas

são situações de impulso. Também existem, é bem verdade, jovens de má índole e com desvio moral.

Em todo caso, aquilo que se previne é mais fácil de corrigir, de modo que, a manutenção do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais dos cidadãos deve partir das políticas assistenciais do governo, sobretudo para as crianças e jovens, de onde parte e para onde converge o crescimento do país e o desenvolvimento do seu povo. A repressão, a segregação, a violência e a tenacidade com o jovem infrator estão longe de serem instrumentos eficazes de combate à marginalidade. O ECA é uma grande arma de defesa dos direitos da infância e da juventude. Um modelo de legislação copiado por muitos países, capaz de conscientizar as autoridades para a necessidade de prevenir a criminalidade no seu nascedouro, evitando a solidificação dessas mentes desencontradas em mentes criminosas na idade adulta.

As medidas sócio-educativas aplicadas como reprimenda aos atos infracionais praticados por menores servem para alertar o infrator à conduta anti-social praticada e reeducá-lo para a vida em comunidade. Se o jovem deixa de ser causador de uma realidade alarmante para ser agente transformador dela, porque esteve em contato com situações que lhe proporcionaram cidadania, a finalidade da medida estará cumprida. Vê-se, pois, que a mais salutar das medidas, com melhor índice de aceitação e reeducação social, é a liberdade assistida, posto que, coloca o jovem em contato com a família, proporcionando-lhe oportunidade de resgatar seus valores e potenciais perdidos. Em alguns casos, quando a personalidade do jovem já está desvirtuada, a medida é ineficaz, abrindo espaço para o extremo das medidas, a internação. A segregação só é aplicada nos casos expressos pelo ECA. Estão aqui, pois, rompidos os liames com a família e a sociedade. As possibilidades de restauração despencam e os jovens, sem projetos, sem oportunidades, expostos à verdadeiras

“faculdades” do crime, não se recuperam. A volta para o seio da sociedade mostra-nos um cidadão muito pior, ainda mais violento e anti-social. Daí a excepcionalidade da medida, que, não obstante, tem sido muito aplicada dada a periculosidade dos infratores. Conclui-se, por conseguinte, que a redução da imputabilidade penal, o aumento do tempo de internação, o rigor excessivo das punições não recuperam. Só o tratamento, a educação, a prevenção são capazes de diminuir a delinqüência juvenil. Para combater a que já existe, o que se pode afirmar é que a segregação não recupera, ao contrário, degenera. Rigor não gera eficácia, mas desespero, revolta e reincidência. E isso é justamente o que não se espera para os nossos jovens.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Vademecum universitário de direito*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

GOMIDE, Paula. *Menor infrator - a caminho de um novo tempo*. São Paulo: Juna, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MEIRA, Silvio A. B. *A Lei das XII Tábuas - Fonte do Direito Público e Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAULA, Paulo Afonso Ganido de. *Menores, Direito e Justiça: Apontamentos para um novo Direito das crianças e adolescentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SILVEIRA, Maria Regina Cavalcanti da. *O menor infrator como problema brasileiro*. João Pessoa: Secretaria de Educação, 1985.

TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo: Del Rey, 2001.

ANEXO

Comparação Europeia da idade de responsabilidade juvenil, maioridade da idade penal e maioridade da idade civil

Tabela de comparação

País	Idade da responsabilidade penal juvenil	Maioridade da Idade Penal (imputabilidade penal)	Maioridade Civil (Capacidade civil plena)
Alemanha	14	18-21***	18
Austria	14	19	19
Bélgica	16	18	18
Bulgária	14	18	18
Dinamarca	15	18-21***	18
Espanha	12	18*	18
França	13	18	18
Grécia	13	18	18
Holanda	12	18	18
Hungria	14	18	18
Inglaterra	7-15	18	18
Itália	14	18	18
Polônia	13	17	18
Portugal	16	16-21***	18
Romênia	16	18-21***	18
Suécia	15	18	18
Suíça	7/15	18-25***	20

Fonte: Conselho da Europa: reações sociais contra a delinquência juvenil (Recomendação nº R(87)20 e exposição de motivos) Estrasburgo, 1989.

*** Conselho da Europa: As legislações em vigor relativas aos jovens adultos delinquentes. Informe apresentado por M. Frieder Dünkel. Estrasburgo, outubro de 1991. Dados fornecidos pelos diferentes consulados.

* O novo CP espanhol fixou a idade de responsabilidade penal em 18 anos, prevendo a figura do “jovem adulto” (como a Alemanha), entre 18 e 21 anos (Lei Orgânica 10/1995, de 23.11.95).

Referências bibliográfica: TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. *Lei de justiça penal juvenil/ anotado y concordado*: San José, Costa Rica: Juristexto, 1996.

