

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
CURSO DE DIREITO

MAÍRA MUSSI VERÇOSA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS
PROCESSUAIS DOS ADOLESCENTES NA APLICAÇÃO DA MEDIDA
DE INTERNAÇÃO**

MARÍLIA
2008

MAÍRA MUSSI VERÇOSA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS
PROCESSUAIS DOS ADOLESCENTES NA APLICAÇÃO DA MEDIDA
DE INTERNAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário “Eurípides de Marília” mantido pela Fundação “Eurípides Soares da Rocha”-UNIVEM como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:
Profª. Vivianne Rigoldi Boechat

MARÍLIA
2008

VERÇOSA, Maíra Mussi.

Considerações sobre os Direitos e Garantias Processuais dos Adolescentes na Aplicação da Medida de Internação/ Maíra Mussi Verçosa; orientadora: Vivianne Rigoldi Boechat Marília, SP: [s.n.], 2008.

70 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Estatuto da Criança e do Adolescente 2. Ato Infracional 3. Direitos e Garantias Processuais 4. Medida de Internação.

CDD: 344.0327



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Maíra Mussi Verçosa

RA: 32702-6

**CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS
PROCESSUAIS DOS ADOLESCENTES NA APLICAÇÃO DA MEDIDA
DE INTERNAÇÃO**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10 (dez)

ORIENTADOR(A):

Vivianne Rigoldi Boechat

1º EXAMINADOR(A):

Teófilo Marcelo de Área Leão Júnior

2º EXAMINADOR(A):

Moacir Spadoto Righetti

Marília, 01 de outubro de 2008.

À minha mãe, Fátima, e às minhas avozinhas, Nancy e Marta, pelo amor e dedicação com que me criaram, por investirem em minhas potencialidades e por me permitirem viver plenamente minha infância e juventude.

À minha madrinha Ely, minha segunda mãe, pelo grande estímulo e apoio, com quem tenho tido oportunidade de compartilhar momentos importantes da minha vida.

Ao Fer, pelo companheirismo, carinho, compreensão, ajuda e incentivo que me tem dado.

A eles todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Eu já sabia que viver sozinha é impossível, pois a vida só tem sentido quando nos doamos em prol do outro, e nesse meu trilhar pela faculdade muitas pessoas se doaram a meu favor.

Primeiramente, agradeço a Deus, que sempre me deu forças e nunca me desamparou nos momentos difíceis.

Agradeço à Mantenedora da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, pela bolsa de estudo integral fornecida durante esses cinco anos de estudos, que me permitiram ser hoje uma bacharela em direito.

À orientadora e amiga, Professora Vivianne, pela paciência e atenção dispensadas, sobretudo pelo exemplo de competência que há de ser seguido sempre.

À Professora Élide Maria Féres Borges, pela cautelosa revisão ortográfica.

Aos Professores Teófilo, Clóvis e Brianezze, pelos ensinamentos cativantes da disciplina Direito Civil, que fizeram de mim uma civilista de coração.

Em especial, agradeço ao Geraldo Manuel André por ser a figura paterna que me acolheu e acolhe em todos os momentos da minha vida.

À tia Diva, pessoa guerreira, que sempre me apoiou nos estudos, agradeço por tudo que fez por mim, pois tenho certeza que sem a sua ajuda nada disso estaria acontecendo.

Ao meu amigo e irmão, Norton Maldonado Dias, pelo sentimento de carinho, amizade, amor fraterno, em todos esses anos de estudo e dedicação.

Aos amigos do Cartório da Infância, Família e da Defensoria Pública, em especial, à Doutora Cássia e ao Rodrigo, que muito contribuíram para meu crescimento profissional.

Aos amigos da MEJA, em especial ao Gustavo, por me receberem nos estudos de todos finais de semana, compartilhando ensinamentos tão grandiosos e dignificantes para o meu crescimento espiritual.

Aos funcionários da biblioteca, por sempre me atenderem com tanto carinho e prontidão: Alíne, Arnaldo, Ederson e Regina sempre estarão no meu coração.

Não poderia esquecer dos amigos: Alessandra, Bruno, Cesinha, Claudionor, Diego, Francine, Fabiana, Fernando Sampaio, Genival, Giuliano, Gustavo, Isabela, Juliana Okuma, Marília, Netto e Lúcia (Xérox D'Fora), Paula Rogério, Pedro, Rômulo, Shirley, Valéria, Vânia, Viní, Walter, Wellington e tantos outros que participaram desses anos de muita luta e dedicação.

Enumerar pessoas amigas que, direta ou indiretamente, me auxiliaram é impossível sem cometer injustiças e omissões. Portanto, obrigada a todos que me incentivaram, me prestigiaram e me apoiaram nesses anos de estudos.

“Tantos cursos de formação cultural enriquecem o mundo! Sempre nobre o anseio de conquistar esse ou aquele título de competência. Entretanto, abençoada seja a criatura que aprende a viver satisfeita, buscando melhorar-se com paciência para que os outros vivam em paz”. (Emmanuel - Chico Xavier).

VERÇOSA, Maíra Mussi: **Considerações sobre os Direitos e Garantias Processuais dos Adolescentes na Aplicação da Medida de Internação**. 2008. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2008.

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é analisar se as garantias processuais estão sendo asseguradas aos adolescentes, sobretudo no tocante à aplicação de internação, medida extrema, aplicada somente nas hipóteses taxativas em lei. Este trabalho se justifica no interesse despertado durante o estágio na área da Infância e Juventude, realizado na Defensoria Pública, pela autora em questão, quando em contato com o processo de apuração de ato infracional, notou-se uma inobservância das regras existentes no estatuto com relação à medida de internação. A técnica utilizada foi basicamente análise documental de dados e pesquisa de campo, propiciada pelo estágio na área da infância, que permitiu o acesso aos processos de atos infracionais. O Estatuto trouxe mudanças significativas em relação à legislação anterior (Código de Menores), substituindo a doutrina da “situação irregular” pela de “proteção integral”; igualando todas as crianças e adolescentes e ampliando a responsabilidade, que era apenas da família, para o Estado e sociedade, em caráter de prioridade absoluta. No entanto, verificou-se que há ainda resquícios da política anterior, principalmente no tocante à aplicação de medida de internação, onde os operadores do direito aplicam medida extrema, sem ao menos observar as hipóteses elencadas em lei e as garantias processuais resguardadas ao adolescente. Assim, apura-se que a mentalidade conservadora dos operadores do Direito, aliada às pequenas brechas deixadas pelo legislador, mantém a ideologia anterior ao estatuto. As considerações finais apontam para a necessidade de maior observância aos princípios norteadores do estatuto, a partir da mudança de mentalidade de seus operadores, aliados a um comprometimento maior do Estado com as políticas sociais básicas.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente; Ato Infracional; Direitos e Garantias Processuais; Medida de Internação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§: Parágrafo

§§: Parágrafos

ART: Artigo

ARTS: Artigos

CF: Constituição Federal

CPP: Código de Processo Penal

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNABEM: Fundação Nacional do Bem Estar do Menor

LA: Liberdade Assistida

MP: Ministério Público

SAM: Serviço de Assistência ao Menor

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - – BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	14
1.1 Noções Gerais.....	15
1.2 Doutrina do Direito Penal do Menor.....	15
1.3 Doutrina da Situação Irregular.....	16
1.4 Doutrina da Proteção Integral.....	18
CAPÍTULO 2 - O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	19
2.1 A Nova Doutrina Preconizada pela Lei 8069/90.....	20
2.2 Da Estrutura e Divisão do ECA.....	21
2.3 Da Prática de Ato Infracional por Crianças e Adolescentes.....	22
2.3.1 Do Ato Infracional Praticado por Criança.....	22
2.3.2 Do Ato Infracional Praticado por Adolescente.....	25
2.3.2.1 Das Medidas Sócio-Educativas em Espécies.....	27
2.3.2.2 Da Advertência.....	27
2.3.2.3 Da Obrigação de Reparar o Dano.....	29
2.3.2.4 Da Prestação de Serviço à Comunidade.....	30
2.3.2.5 Da Liberdade Assistida.....	31
2.3.2.6 Do Regime de Semiliberdade.....	32
2.3.2.7 Da Internação.....	33
2.4 Da Remissão.....	36
CAPÍTULO 3 - DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL.....	40
3.1 A Representação para Apuração do Ato Infracional e Aplicação de Medida Sócio-Educativa.....	41
3.1.1 A Custódia Provisória.....	41
3.1.2 Oitiva Informal.....	43
3.1.3 A Iniciativa da Ação.....	45
3.1.4 A Audiência de Apresentação.....	46
3.1.5 A Audiência de Instrução, Debates e Julgamento.....	48
CAPÍTULO 4 – AS GARANTIAS QUE DEVEM SER OBSERVADAS NA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.....	50
4.1 As Hipóteses de Internação são Taxativas.....	51
4.2 A Ilegalidade da Sentença que Decreta a Internação com Base em Fundamentações Genéricas.....	54
4.3 A Necessidade de se Observar o Princípio do Contraditório, Ampla Defesa e Devido Processo Legal.....	56

4.3.1 Devido Processo Legal.....	56
4.3.2 Da Defesa Técnica.....	58
4.4 Os Princípios Norteadores da Medida de Internação.....	58
4.5.A Ilegalidade da Sentença que Decreta Internação-Sanção sem a Prévia Oitiva do Adolescente.....	61
4.6 Impossibilidade de Internação-Sanção por Tempo Indeterminado.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, inicialmente, procurou-se conhecer o tratamento dispensado à criança e ao adolescente no curso da história, a fim de melhor compreender a sistemática atual. Identificaram-se três fases de evolução distintas e suas características basilares até a promulgação do Estatuto que fez com que a criança e o adolescente tivessem status de sujeito de direito, caracterizando-os como pessoas em desenvolvimento, e que, portanto, deveriam receber “proteção integral” por parte do Estado, Município e Família.

Com a nova doutrina trazida pelo estatuto, a criança e o adolescente deixam de ser objeto de tutela do Estado e passam a ser sujeitos de direito, de tal modo que lhes sejam resguardados todos os direitos e garantias fundamentais. Com as novas diretrizes estabelecidas, há uma ampliação de direitos concedidos aos adolescentes que devem ser respeitados e garantidos, nomeadamente no que diz respeito aos atos infracionais, sob pena de flagrante abuso e ilegalidade da autoridade judiciária.

O interesse com relação às garantias processuais concedidas aos adolescentes surgiu com o estágio na Defensoria Pública, época em que se trabalhava com os processos da família e infância, onde se teve acesso a todos os procedimentos de atos infracionais, fato que propiciou os primeiros contatos com prática processual, e ainda possibilitou um aprofundamento no tema, permitindo analisar o porquê da discrepância entre o conteúdo legal e a prática processual.

O objetivo desta pesquisa é analisar se as garantias processuais previstas na legislação estão sendo asseguradas aos adolescentes, principalmente no tocante à imposição de internação que só se justifica nas hipóteses descritas em lei.

Justifica-se a escolha do tema na busca de uma efetivação real dos direitos dos adolescentes, com relação principalmente à aplicação de medida de internação, pois, na prática judicial, verifica-se que, com raras exceções, os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito ao adolescente como pessoa em desenvolvimento estão sendo ignorados.

Esta monografia partiu de algumas hipóteses elaboradas: da leitura de autores renomados que abordam o Estatuto da Criança e do Adolescente como: Frasseto, Cury, Chaves, Liberati e muitos outros; pesquisa eletrônica (internet); pesquisa de campo; bem como da leitura de artigos escritos em revistas jurídicas. O objetivo principal foi conhecer as garantias processuais direcionadas ao autor de ato infracional, e, conseqüentemente, visualizar

sua correlação com a aplicação prática, ou seja, verificar como os operadores do direito observam e cumprem essas garantias. Especificamente, procurou-se apontar as causas das dificuldades de implementação dessas garantias, bem como as possíveis brechas legislativas que acabavam contribuindo de certa forma para as inobservâncias desses direitos. Assim, a partir de análise de documentos (processos), procurou-se avaliar como a legislação relativa ao infante é operacionalizada.

Verificaram-se vários abusos no tocante à aplicação dessa medida que só é cabível nas hipóteses descritas taxativamente em lei, o que, conseqüentemente, a torna e inaplicável caso exista outra mais adequada. No entanto, não raro se percebia uma inversão da prática judicial, transformando a medida de internação no “carro-chefe” das medidas sócio-educativas.

Na realidade, a mentalidade instituída pelo Código de Menores que preconizava o enquadramento “em situação irregular” e a institucionalização¹ ainda estão presentes em muitos operadores do direito, o que dificulta a efetiva observância das garantias estatuídas pelo ECA.

Assim, no capítulo 1, traçou-se um breve parâmetro histórico do tratamento dado, ao longo da história, às crianças e aos adolescentes, buscando compreender o porquê da dificuldade da implementação dos princípios preconizados pela legislação atual.

No capítulo 2, analisa-se especificamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, priorizando o entendimento da nova doutrina face a apuração de ato infracional, abordando as conseqüências de atos infracionais. Discorre-se sobre o adolescente em conflito com a lei e suas penalizações, denominadas de medidas sócio-educativas, abordando de maneira simples e clara todas as espécies de medidas previstas pelo estatuto. Faz-se um breve comentário sobre o instituto da remissão concedida aos adolescentes como forma de exclusão ou suspensão do processo.

Depois de situar o leitor a respeito do ECA e da previsão das conseqüências de condutas ilícitas, descreve-se o procedimento de apuração do ato infracional com as respectivas garantias que devem ser observadas em cada fase, a fim de propiciar uma apuração justa e digna ao adolescente.

No capítulo 4, a análise volta-se para o objeto central deste trabalho, qual seja, as garantias que devem ser observadas obrigatoriamente pelos profissionais envolvidos com a infância, no tocante à apuração e à execução de medida sócio-educativa de internação. Trata-

¹ Termo utilizado para se referir à crianças e adolescentes que vivem em instituições, tais como os antigos orfanatos, abrigos, casas de internato como a FEBEM.

se, no decorrer deste capítulo, dos principais abusos cometidos no tocante à decretação dessa medida, que rotula e segrega o adolescente do meio social, busca-se aclarar os operadores do direito, a fim de cumprir o estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal, que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado o asseguramento das garantias fundamentais da criança e do adolescente.

Nas considerações finais, apresentam-se algumas recomendações para as questões expostas.

CAPÍTULO 1 – BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE



Foto: Anne Guedes

1.1 Aspectos Gerais

Antes de adentrar no tema especificamente, é necessário realizar uma retrospectiva histórica, a fim de melhor compreender o tratamento dispensado na atualidade à criança e ao adolescente, visando analisar quais foram as concepções que reiteraram a legislação sobre o indivíduo em desenvolvimento, entendendo, assim, o porquê da sistemática atual.

Nesse breve parâmetro histórico será adotada a divisão realizada por Fachinetto, segundo o qual os três marcos legislativos ocorridos na história de nosso país sobre o tratamento dispensado à criança e ao adolescente são: Doutrina do Direito Penal do menor, Doutrina da Situação Irregular e Doutrina da Proteção Integral.

Deve-se destacar que o objetivo deste capítulo é fornecer não somente uma introdução ao assunto da intervenção jurídica à infância no Brasil, expondo, de modo sucinto, as principais características que nortearam a legislação infanto-juvenil ao longo da história brasileira.

1.2 Doutrina do Direito Penal do Menor

Desde o surgimento das primeiras leis penais até o início do século XX, as crianças recebiam o mesmo tratamento que os adultos, como bem explica o historiador Áries que define as crianças como sendo "pequenos adultos", e conclui: "A ausência do sentido de "infância", tal como um estágio específico do desenvolvimento do ser humano, até o fim da Idade Média, abre as portas para uma interpretação das chamadas "sociedades tradicionais" Ocidentais." (ÁRIES, 1981, p. 105).

Durante muitos anos, a criança foi tratada com desdém perante a sociedade, pois não recebia tratamento de acordo com seu desenvolvimento, sendo considerada muitas vezes como um homem anão, que vestia trajes da época e trabalhava como um adulto.

Nesse período, apesar da quase ausência de normas que resguardassem os direitos das crianças, já se podia notar alguns aspectos humanos, pois as Ordenações Filipinas disciplinavam alguns poucos direitos dos menores, resguardando-o da pena de morte e concedendo-lhes em alguns casos, o benefício da redução de pena.

Conforme afirma Saraiva (2002, p. 211):

No final do século XIX, quando Dom João VI aportou no Brasil, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, eximindo-se o menor da pena

de morte e concedendo-lhe redução da pena. Entre dezessete e vinte e um anos havia um sistema de “jovem adulto”, o qual poderia ser até mesmo condenado à morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter sua pena diminuída. A imputabilidade penal plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se cominava, inclusive, a morte em certos delitos.

Com a independência do Brasil, proclamada em 07 de setembro de 1822, o país adquire autonomia com legislações próprias, como o Código Criminal de 1830, refletindo mudanças significativas na responsabilização penal do infante. Primeiramente, refere-se ao estabelecimento de uma inimputabilidade penal relativa aos jovens entre 07 e 14 anos de idade, ficando a critério de o magistrado responsabilizá-lo. A outra inovação é o recolhimento dessas crianças em casa de correção, não mais nos mesmos estabelecimentos penais que os adultos, como previa à legislação anterior.

Em síntese, essa teoria predominou na legislação do século passado e do início do presente século, sendo que, nesses diplomas legais, a questão do menor era tida como insignificante, recebendo quase o mesmo tratamento dispensado aos adultos, em termos de responsabilidade.

1.3 Doutrina da Situação Irregular

A partir do século XX, ocorre uma ampliação na tutela dos direitos dos menores, sendo esse período caracterizado por falsas políticas assistencialistas por parte do Estado, que apenas aumentava ainda mais a segregação dos menores.

As principais legislações concernentes à infância surgiram no ano de 1927, com o primeiro Código de Menores, conhecido por Código Melo Mattos, instituído em 12 de outubro de 1927, destinado a duas categorias de menores: pobres e delinqüentes. Na primeira categoria se incluíam os jovens que não tinham pais, bem como aqueles que viviam em pobreza extrema; na segunda se enquadravam os menores entre 14 a 18 anos que haviam cometido algum ato ilícito. No tocante às infrações, priorizavam-se medidas restritivas de liberdade, ficando muitas vezes o menor em liberdade vigiada, que “consistia em ficar o menor em companhia e sob a responsabilidade dos pais, tutor ou guarda, ou aos cuidados de um patronato, e sob a vigilância do juiz” (art.92 do Código de Menores, 1927).

Por expressa determinação dessa nova lei, a criança ou o adolescente, por sua simples condição de miserável, abandono ou delinqüência, estava sujeito a ser encaminhado aos juizados de menores, e ali punido pela sua condição social.

Conforme ilustra Machado apud Saraiva (2005, p.98):

Esta nova categoria expressa no binômio carência/ delinquência, aliada à distinção que se fez entre a infância ali inserida e as boas crianças, vai conformar todo o direito material da Infância e da Juventude e as instancias judiciais criadas para aplicação desse direito especial, que, ele sim, já nasceu menor.

Em 1940 entrou em vigor o Código Penal Brasileiro, que fixou a imputabilidade penal em 18 anos. E, por fim, em 1979, foi instituído o segundo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), onde trouxe de forma expressa a Doutrina da Situação Irregular, que tinha como primórdio reprimir crianças e adolescentes em situações patológicas, sendo marcado por políticas assistencialistas repressivas. O exemplo maior dessas políticas de cunho assistencial foi a criação do Serviço de Assistência ao Menor – SAM.

Conforme ilustra Saraiva (2005, p.43):

“A orientação do SAM é, antes de tudo, correccional-repressiva, e seu sistema baseava-se em internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescente autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofício urbanos para os menores carentes e abandonados”.

Em substituição ao SAM, surgiu a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), com o mesmo cunho assistencialista, dando continuidade às atrocidades que eram cometidas dentro das instituições de menores.

Desde a criação dessas instituições, vários movimentos sociais buscavam o estabelecimento de uma nova lei e, conseqüentemente, o fim dos estabelecimentos correccionais.

Em virtude das grandes lutas e pressões sociais, foram inseridos no texto constitucional duas emendas de iniciativa popular, garantindo uma maior proteção à criança e ao adolescente. “As emendas de iniciativa popular apresentadas à Assembléia Constituinte, continham mais de duzentas mil assinaturas de eleitores que foram mobilizados por “Criança e Constituinte” e “Criança e Prioridade Nacional”. (Costa, 1994, p.20). Toda essa movimentação redundou no art. 227 da Constituição Federal.

Em resumo, essa doutrina pregava que apenas as crianças e adolescentes tidas em situação irregular, ou seja, somente aqueles privados de condições essenciais à subsistência; em estado de abandono, na orfandade, na delinquência, abandonados, conforme descrição da lei revogada, estariam sujeitos à ação do Estado. A legislação revogada estabelecia categoria

jurídica de crianças e adolescentes, que eram identificados em situação irregular, devendo ser encaminhados ao “juiz de menores”.

1.4 A Doutrina da Proteção Integral

Trata-se da doutrina adotada expressamente pelo ECA que surgiu em nossa legislação com a Constituição Federal de 1988, e trouxe pela primeira vez um dispositivo que resguarda os direitos das crianças e adolescentes.

A nova doutrina, denominada "Proteção Integral", propõe que a família, a sociedade e o Estado são obrigados a garantir às pessoas em desenvolvimento o respeito a todos os seus direitos fundamentais.

Chaves (1997, p. 51) conceitua “proteção integral” sob dois enfoques:

Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte. Mas tem também outro sentido do ponto de vista estritamente legal: é que toda matéria passará a ficar subordinada aos dispositivos do estatuto, como de resto se deduz do último de seus artigos, o de n. 267.

Essa nova visão assegura às crianças e adolescentes uma vasta gama de direitos, e, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, merecem proteção especial e integral da família e dos entes públicos.

Essa doutrina apresenta um avanço significativo no tratamento dado à infância pobre no Brasil, que sempre foi caracterizado por abordagens assistencialistas e repressoras. Com o advento do ECA, inaugura-se uma nova era na história do atendimento à população infanto-juvenil, não apenas definindo direitos, mas, principalmente, apontando os mecanismos necessários para a garantia do seu cumprimento.

CAPÍTULO 2 – O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE



Revista da Secretaria Municipal do Bem-Estar Social de Marília

2.1 A Nova Doutrina Preconizada pela Lei nº 8069/90

Pela breve abordagem histórica, verificou-se que, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorreu uma ruptura de sistemas, ou seja, o ECA veio substituir o antigo princípio da “situação irregular” preconizado pelo extinto “Código de Menores”. Com a Lei nº 8069/90, a criança e o adolescente deixam de ser marginalizados e passam a inserir-se em uma rede interativa que atribui direito e deveres à família, à sociedade e ao Estado, sendo alvo de “proteção integral”.

A doutrina da “proteção integral” passa a ser a viga mestra do ECA, de tal modo que todos os artigos devem ser interpretados à luz desse princípio, principalmente os que buscam responsabilizar o adolescente por alguma conduta desviante. Com as novas diretrizes estabelecidas pelo estatuto, essa proteção se estende a todas as crianças e a todos os adolescentes, independentemente da situação familiar, social e econômica.

A Lei nº8069/90 rompe com todos os resquícios de discriminação até então existentes no antigo Código de Menores, pois em seu art. 1º estabelece: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Assim, genericamente, estão todos sob sua tutela, independentemente da situação, desconsiderando, em tese, o contexto social, primando pelo melhor interesse do infante. No entanto, com quase 20 anos de vigência, ainda encontra-se dificuldade na implementação desses princípios, principalmente no que tange à apuração de ato infracional².

Ao prever expressamente a doutrina da “proteção integral”, o estatuto deu nova conotação ao tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, regulamentando direito e garantias processuais aos indivíduos em desenvolvimento.

A “proteção integral” preconizada pelo estatuto deve abranger a situação da pessoa em desenvolvimento sob todos os aspectos, sobretudo com relação à política correcional, assegurando ao adolescente infrator todas as garantias previstas na legislação, como também a tutela de seus direitos por parte da família, da sociedade e do Estado.

O próprio “caput” do artigo 227 da Constituição Federal preconiza que é obrigação por parte desses entes a preservação de direitos.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

² Ato Infracional- Conceito Legal. Art. 103 (ECA) considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção.

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com base neste dispositivo, fica bem nítido o sentido da integralidade da proteção, já que assegura todos os direitos fundamentais, sem nenhuma discriminação, garantindo proteção especial às pessoas em desenvolvimento.

Luciano Mendes de Almeida (2002, p. 13), citado por Cury, preconiza com relação à nova doutrina:

O Estatuto tem por objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, de tal forma que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado seu pleno desenvolvimento, desde as exigências físicas até o aprimoramento moral e religioso. Este Estatuto será a semente de transformação do País. Sua aplicação significa o compromisso de que, quanto antes, não deverá haver mais no Brasil vidas ceifadas no seio materno, crianças sem afeto, abandonadas, desnutridas, perdidas pelas ruas, gravemente lesadas em sua saúde e educação.

Em síntese, tais direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela comunidade, pela sociedade e pelo poder público, devendo todos contribuir para o desenvolvimento e proteção integral, em especial na aplicação de medida de internação ao adolescente infrator, pois a inobservância dos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento contraria os princípios e ditames constitucionais.

2.2 Da Estrutura e Divisão do ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente contém 267 artigos que estão divididos em 2 livros que, por sua vez, são divididos em partes denominadas Títulos e estes são subdivididos também em Capítulos, Seções e Subseções, todas com suas próprias denominações.

O primeiro livro trata da parte geral, discriminando os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente (Do direito à vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização).

No segundo, tem-se a Parte Especial que contém as normas que regulam as ações das crianças e dos adolescentes que cometem ato infracional, abordando os aspectos jurídico-normativos cujos preceitos abraçam as garantias, o julgamento e as conseqüências aplicadas ao autor do ato infracional. Ainda esse livro regula os procedimentos de colocação em família

substituta e também define os crimes e infrações administrativas praticados contra crianças e adolescentes.

Tendo em vista a complexidade da lei, expõem-se, no decorrer deste trabalho, apenas os artigos que dizem respeito ao tema proposto, ou seja, os que disciplinam a apuração de ato infracional e suas conseqüências. Por ser extensa e complexa, procuraram-se, por meio de jurisprudências de vários tribunais, posicionamentos coerentes com a nova visão estatuída pelo estatuto, propiciando uma linha condutora para a compreensão.

Apenas com base na visualização da estrutura do texto legal, de Títulos e Capítulos, é possível perceber o vínculo e o compromisso da lei com a temática dos Direitos da Criança e do Adolescente, no Brasil.

A presente análise do ECA, visando a uma reflexão mais detalhada, no que tange a apuração de ato infracional, será feita por partes e analisará os procedimentos a serem adotados, bem como as garantias que devem ser observadas na aplicação de medida sócio-educativa, em especial a de internação. No entanto, é preciso compreender o texto legal, uma vez que o propósito não é comentar a lei, mas interpretá-la para verificar a sua aplicação e eficácia.

Para tanto, buscou-se saber como os profissionais do Direito fazem sua interpretação, sem, contudo, ter a pretensão de crítica, mas de compreender os objetivos estatuídos ao se deparar com adolescente infrator.

2.3 Da Prática de Ato Infracional por Crianças e Adolescentes

2.3.1 Do Ato Infracional Praticado por Criança

O Estatuto considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, assim, teoricamente, não existe diferença entre crime e ato infracional, pois ambos constituem condutas contrárias ao direito positivo, já que se situam na categoria ilícito jurídico.

O Estatuto prevê conseqüências pela prática de atos infracionais pelos inimputáveis, diferenciando o tratamento dispensado às crianças (pessoas até 12 anos incompletos) daquele a ser dado aos adolescentes (pessoas de 12 a 18 anos incompletos).

Na realidade, às crianças o ECA reservou um tratamento altamente protetivo, não excluindo da possibilidade de cometer ato infracional, apenas prevendo regras coerentes com

seu estado de desenvolvimento, qual seja, de completa dependência de seus responsáveis, estando sujeitas às medidas de proteção, conforme preceitua o art. 105 do estatuto: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101.”

Diferentemente, o ato infracional praticado por adolescente sempre deverá estar sujeito às garantias processuais do contraditório e ampla defesa, pois poderá receber uma sanção, denominada de medida sócio-educativa.

Assim, considerando que é possível a prática de ato infracional por criança, resta saber como o estatuto o disciplina e quais os procedimentos a serem seguidos para sua apuração.

O ECA, como não poderia deixar de ser, não cuida de nenhuma garantia processual referente à criança, para evitar constrangimento, pois, como ser em pleno desenvolvimento, não se sujeita a um procedimento formal capaz de prejudicá-la, podendo ser imposta apenas medida protetiva. Assim, as medidas de proteção se caracterizam pela desjurisdicionalização, devendo ser aplicadas pelo Conselho Tutelar³.

O Conselho Tutelar tem suas atribuições elencadas no art. 136 do ECA, cujo inciso I estabelece: “atender crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII”.

Assim, ao praticar um ato infracional (art. 105), a criança deverá ser encaminhada ao Conselho Tutelar, já que, via de regra, é o órgão competente para analisar e aplicar medida protetiva, no entanto, caso esse órgão ainda não tenha sido instalado no local, cabe à autoridade judiciária, nos termos do art. 262 do ECA

Chegando ao Conselho Tutelar, cumpre aos conselheiros todo o cuidado para colocá-la a salvo de qualquer constrangimento, apurando os fatos sigilosamente, a fim de aplicar medidas de proteção que melhor se adequarem ao caso.

Essas medidas estão disciplinadas no artigo 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

³ Conselho Tutelar- órgão criado pela Lei nº 8069/90 para zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
VII - abrigo em entidade;
VIII - colocação em família substituta.
Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

De acordo com o caso concreto, será aplicada medida pertinente, lembrando que a medida protetiva de colocação em abrigo (art. 101, VII) deve ser a última alternativa de proteção à criança, justamente por afastá-la do convívio familiar.

Entende-se que a aplicação de medida protetiva pelo Conselho não assume o caráter de procedimento punitivo, pois não se forma nenhum processo e não se aplica nenhum tipo de sanção. Além do mais, o ECA no art. 137, dá o direito de serem revistas as decisões do Conselho Tutelar perante a autoridade judiciária, possibilitando, na ocorrência de qualquer abuso, recorrer à Justiça para revisão do caso.

Com relação aos atos inflacionais praticados por crianças, Jéferson Moreira de Carvalho observa:

Por mais grave que seja o ato praticado pela criança, independentemente de sua idade, ela receberá uma dessas medidas” [protetivas, artigo 101 do ECA]. Tais medidas são bastante amplas e demonstram a preocupação do legislador em atingir a criança e sua família, como que concluindo que se a criança praticou um ato ilegal é porque a organização familiar está doente e não está conseguindo manter o infante em convivência normal dentro da sociedade.

Nesse sentido, também os tribunais também já decidiram:

PROCESSUAL PENAL. CRIANÇA. ATO INFRACIONAL. HABEAS CORPUS. MEDIDA DE PROTEÇÃO (LEI N. 8.069/90) E NÃO PROCEDIMENTO FORMAL PARA SUA APURAÇÃO. VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO." "I. Criança de 9 anos, sob a acusação de ter causado, com revólver de brinquedo, lesões corporais em menina da mesma idade, foi formalmente 'intimado' para prestar esclarecimentos em 'audiência' perante juiz. Seu pai, inconformado com o vexame, constrangimento e impacto na formação da personalidade do filho, ajuizou ação de habeas corpus no Tribunal de Justiça com o objetivo de trancamento do feito. Perdeu. Daí o recurso ordinário. "II. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em seu art. 2º, distingue a

'criança' (menor de 12 anos) do 'adolescente (entre 12 e 18 anos). Somente para esse último é que prevê 'garantias processuais' (art. 110). Para a criança, só fala em 'medidas de proteção' (arts. 99 a 102, 105). Logo, abusiva foi a 'intimação' do juiz para que a criança viesse formalmente a juízo e perante ele e advogados prestasse declarações, assinando o respectivo termo. Tal atitude, que demonstra insensibilidade, foi abusiva e podia ser corrigida pela via do habeas-corpus. "III.'Writ' parcialmente concedido. (RHC 3.547-1-SP, 94.010204-6, STJ, 6ª T, Rel. Min. Adhemar Maciel, vu 09/05/94).

Conclui-se que as medidas de proteção têm caráter administrativo, sendo que a intenção do legislador é propiciar um tratamento diferenciado, altamente protetivo, primando, unicamente, pelo bom desenvolvimento da criança.

2.3.2 Do Ato Infracional Praticado por Adolescente

Infelizmente, no caso dos adolescentes, apesar de também estarem sujeitos à proteção integral, o legislador estabeleceu certa responsabilidade para condutas desviantes, são as chamadas medidas sócio-educativas, que, diferente das medidas de proteção, constituem verdadeiras sanções jurídico-penais.

A respeito do assunto, Sposato (2006, p. 139) argumenta:

A medida sócio-educativa tem natureza penal, uma vez que representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa não difere das penas. Isto porque cumpre o mesmo papel de controle social formalizado que a pena, possuindo mesmas finalidades e conteúdo.

Em que pese entendimento diverso, as medidas sócio-educativas constituem verdadeiras sanções, principalmente a internação que rotula e estigmatiza o jovem. A intenção do legislador ao prever as medidas sócio-educativas foi priorizar o caráter educativo e pedagógico, a fim de permitir a reintegração do infrator à sociedade. Porém, na prática, essas medidas mostram-se abusivas e inócuas, muitas vezes por falta de estruturas em suas implementações e pela falta de observância das garantias legais.

Aos adolescentes em conflito com a lei, será realizado um procedimento formal-processo- onde se observarão as garantias do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal; e, ao se comprovar a autoria e a materialidade do fato, poderá ser aplicada quaisquer das medidas elencadas no art. 112 do Estatuto que prevê: “advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviço à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semi-

liberdade ou internação em estabelecimento educacional”, além as medidas protetivas estabelecidas no art. 101, I a VI, da mesma lei especial. Estudar-se-á, no próximo capítulo, detalhadamente, o procedimento para aplicação de qualquer medida sócio-educativa, primando pela efetiva defesa e garantias processuais, que também devem se sujeitar os procedimentos de ato infracional.

Não seria exagerado observar que na atualidade, após 18 anos de vigência da Lei nº 8069/90, permanece vivo um Direito Penal do autor⁴ nos procedimentos de ato infracional da Infância e Juventude. A condição social do adolescente é ainda o principal fundamento para a imposição de uma medida sócio-educativa. Esta distorção revela, portanto, que muitas vezes o caso exigiria uma medida de proteção, legalmente prevista no art. 101 do ECA. A matéria originariamente de ordem social se converte muitas vezes em procedimentos infracionais. O que era uma questão de política pública passa a ser jurisdicionalizado e o adolescente acaba sendo punido de forma arbitrária e injusta.

Basicamente, dois fatores contribuem para as iniquidades na apuração de ato infracional cometido pelo adolescente: a ausência de defesa técnica ou má defesa propiciada aos adolescentes; os resquícios do Código de Menores ainda presentes em alguns operadores do direito.

Na prática, não é difícil verificar que a maioria dos jovens que cumprem internação é composta por adolescentes provenientes de famílias de baixa renda, incapazes de custear advogados para propiciar a defesa dos filhos. Isso implica na atuação do Estado, de propiciar assistência jurídica aos adolescentes; no entanto, por falta de estrutura e de verba, o Estado não tem disponibilizado advogados suficientes para proporcionar uma defesa técnica com qualidade, pois existem poucos defensores que atuam em muitas áreas, ou quando não os adolescentes ficam desassistido completamente.

Aliado à falta de defesa técnica, existem ainda muitos magistrados que, apegados à legislação anterior, proferem sentenças, ordenando a internação provisória do adolescente, sob pretexto de que é para o bem do menor. Com esses argumentos, ocorrem reiteradas sentenças, que determinam a internação do adolescente, sem observar a hipótese taxativa do art. 122.

Amaral argumenta (1998, p. 60):

promotores, advogados, técnicos e juízes persistem no viés da “tutela”, da “proteção”, do “melhor interesse”, sem atentar para as novidades das

⁴ Vale retomar as lições de Zaffaroni sobre o Direito Penal do Autor como o conjunto das teorias que reconhecem a explicação da pena em características dos autores dos delitos. Este direito penal imagina que o delito é um estado do autor, sempre inferior as demais pessoas consideradas normais.

garantias constitucionais e processuais. São ignorados os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da medida bem como a desmistificação do “sistema protetivo”. Operadores do Direito e executores administrativos, geralmente, não consideram o estigma da sentença que impõe medida sócio-educativa. Também, não levam em consideração o caráter punitivo, claramente visualizado nas restrições à liberdade e ao direito à convivência familiar e comunitária.

No caso de adolescentes processados e punidos, é necessário que tenham pleno acesso à justiça de forma igualitária, ou seja, que o Estado efetive esse direito, previsto constitucionalmente no art. 5º LXXIV, dispondo de defensores em número suficiente, para atender à demanda de forma única. Mais do que concretizar o acesso à justiça, na apuração de ato infracional, é preciso observar garantias processuais, e que principalmente os juízes e promotores da infância, se atenham ao princípio da proteção integral e ao novo paradigma estatuído pela CF/88 e pelo ECA.

2.3.2.1 Das Medidas Sócio-Educativas em Espécies

Como já visto, o art. 112 do ECA estabelece as medidas aplicadas aos adolescentes autores de ato infracional, e enumera as medidas de forma taxativa, de tal modo que fica vedada a adoção de medidas diversas daquelas previstas em lei.

Essas medidas, embora, em tese, não tenham cunho punitivo, na prática, acabam tendo, em razão de muitas vezes não serem observadas garantias mínimas e também por falta de estruturas e implementações de políticas públicas. Segundo a redação dos arts. 99 c/c 113 do ECA, as sócio-educativas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente⁵, e ainda, substituídas⁶ uma pela outra em qualquer tempo. Analisar-se-á cada medida, sob o enfoque prático, ou seja, seus impactos no caso concreto, apontado os principais prós e contras.

2.3.2.2 Da Advertência

⁵ Dá-se a cumulatividade quando o magistrado aplica ao adolescente em conflito com a lei duas ou mais medidas simultaneamente, devendo, para tanto, haver plena compatibilidade entre elas.

⁶ Consiste na possibilidade de alteração das medidas sócio-educativas previstas nos incisos II e IV, do art. 112, bem como entre as medidas de proteção.

Prevê o art. 115 do ECA: “ A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.” Assim, conclui-se que a finalidade da advertência é uma admoestação verbal que visa alertar o adolescente e os pais ou responsáveis para as conseqüências do envolvimento em atos infracionais.

Para aplicar essa medida, nos termos do § único do art. 114 do ECA, são imprescindíveis prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, pois, no ato de advertir, está presente uma sanção de cunho moral. Lembrando que tal medida não pode ser transformada em mera rotina ou num ato de mera burocracia, pois o adolescente *sub censura* é titular do direito subjetivo à liberdade, não podendo ser exposto e reprimido arbitrariamente pelos seus atos.

Com relação a essa medida, Miguel Moacyr Alves Lima (2002, p.371 apud Cury) considera:

Ainda quando externamente informalmente, toda “advertência” representa, em última instância, um ato de autoridade e pressupõe que, numa dada relação social, alguém detém a faculdade de se impor a outrem (orientando, inculcando valores, induzindo comportamentos etc.), mesmo contra a vontade daquele contra quem ou em relação a quem essa faculdade é exercida. Queiramos ou não, esse aspecto constrangente do ato de advertir, como fenômeno social de imposição e de comando, de condução ou de orientação, é um dado da realidade. Não pode nem deve ser objeto de ocultação ou disfarce, sob pena de alienar-se sua verdadeira compreensão e, conseqüentemente, sua adequada operacionalização como modalidade de medida sócio-educativa. Podem-se abrandar os gestos, o tom da voz, mas nada disso implicará que a advertência deixe de ser uma técnica de controle social, praticada no interior de uma relação de poder específica. Por mais que se deseje mascarar o reconhecimento de que o “ato de advertir” contém um suporte repressivo/opressivo, não é possível recusar plenamente a idéia e a observação de que ele traduz um fato sócio-político, ou seja, a materialização do poder na sociedade e do poder da sociedade sobre os indivíduos. Aparentemente inofensiva, a “advertência”, como qualquer outra efetivação desse poder social, que se manifesta de forma difusa, não deixa de ser uma forma sutil e eficaz de *inserção, exclusão, reinserção, reexclusão*, e, portanto, também de externalização de preconceitos, discriminações e constrangimento, nem sempre legítimo, dos indivíduos em face dos pontos de vista do sistema social dominante.

Via de regra, é concedida advertência nos casos em que o adolescente não tem histórico criminal e para os atos infracionais considerados leves, normalmente incluída na remissão extintiva do processo. O juiz pode conceder a advertência pura e simples ou acompanhada de uma medida de proteção ou medida pertinente aos pais ou responsáveis (arts. 101 e 129).

2.3.2.3 Da Obrigação de Reparar o Dano

Quando o ato infracional praticado pelo adolescente possuir reflexos patrimoniais, o magistrado poderá aplicar a medida prevista no art. 116 do ECA que prevê:

Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Há autores que sustentam que essa medida poderá ser aplicada na fase pré – processual, pelo órgão do Ministério Público ao ofertar a remissão, ou pela autoridade judiciária ao sentenciar, independente da concordância do adolescente.

No entanto, em que pesem tais opiniões, defende-se a idéia de que medida só poderá ser imposta em procedimento contraditório, onde sejam assegurados aos adolescentes os direitos constitucionais de ampla defesa, devido processo legal, defesa técnica.

Em verdade, na prática, tal medida tem-se revelado de escassa aplicação, restringindo-se aos adolescentes de classe alta, por isso muitas vezes o juiz acaba decretando a substituição desta medida por outra.

Nogueira (1996, p. 180) suscita a constitucionalidade da medida:

Salvo melhor juízo, parece-nos de duvidosa constitucionalidade, pois não pode o juiz de menores impô-la como medida obrigatória, mas apenas tentar a composição do dano como previa a Código revogado (art.103), já que nem mesmo ao adulto condenado criminalmente pode ser imposta pelo juiz criminal a obrigação de “reparar o dano causado”, nem mesmo como condição do sursis, embora a não reparação do dano pelo condenado constitua causa obrigatória de revogação desse benefício (CP, art.81, II). Como, pois, impor tal medida obrigatoriamente ao adolescente ou a seu pai em procedimento que apura a prática de ato infracional.

Por essa razão, adota-se o entendimento que a aplicação desta medida depende de prévia concordância do adolescente, sob pena de ofender preceitos constitucionais.

Miguel Moacyr Alves Lima sustenta que o MP pode aplicar essa medida, em razão de constar, no Estatuto no art. 116 o termo “autoridade”, podendo optar pela remissão, conjugada com a medida sócio-educativa de obrigação de reparar o dano decorrente do ato

infracional. Assim, entende ser de competência do MP a aplicação desta medida, excluindo de sua alçada apenas a aplicação de semiliberdade e internação, pois o art. 127 estabelece:

A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Hoje, o tema não suscita maior discussão a nível jurisprudencial, pois o STJ sintetizou a discussão na Súmula nº 108: “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.”.

Assim, se o membro do Ministério Público conjecturar a necessidade de aplicação de alguma medida sócio-educativa, deve oferecer representação, dando início ao procedimento previsto na Lei 8.069/90.

2.3.2.4 Da Prestação de Serviços à Comunidade

Para aplicação da medida de prestação de serviços à comunidade, também é preciso ter o trâmite processual legal, que comprova o ato infracional praticado pelo adolescente. O artigo 117 preceitua:

A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Consiste em medida que permite ao adolescente prestar serviços a entes públicos ou privados, possibilitando sua reintegração ao meio social. As tarefas devem ser distribuídas de acordo com a aptidão de cada um, compreendendo, no máximo, oito horas semanais, não podendo prejudicar a freqüência na escola e/ou a jornada de trabalho.

O Código de menores não se referia a essa modalidade, sendo inserida somente com o Estatuto. Não se pode esquecer que é uma medida de cunho altamente educativo, possibilitando ao adolescente adquirir consciência de seus atos. Para a sua adequada aplicação, a concordância do adolescente faz-se imprescindível, pois o § segundo do art. 112

estabelece que, em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

Conforme afirma Waldir Snick (1985, apud LIBERATI, 2003, p.107): “a prestação de serviços à comunidade preenche os objetivos da pena: é reeducativa (terapia laboral), retributiva (trabalho gratuito com valor comunitário) e intimidativa.”.

No entanto, apesar dos benefícios que pode trazer, percebe-se em âmbito prático, a dificuldade de sua concessão pelos magistrados, talvez ainda haja certo receio do meio social em oferecer trabalho a pessoas condenadas.

Neste sentido, Nogueira (1996, p. 117) afirma:

Para esse tipo de punição surtisse efeito, seria indispensável a colaboração da comunidade na sua aplicação, pois a simples imposição, sem a correspondente fiscalização do seu cumprimento, torna-se uma medida inócua sem qualquer resultado.

No âmbito prático, muitas vezes, ainda há certa resistência na viabilização dessa medida, ocorrendo à aplicação de plano de liberdade assistida. Cabe, portanto, principalmente, aos magistrados mudar essa realidade e valorizar mais a medida de prestação de serviço à comunidade.

2.3.2.5 Da Liberdade Assistida

Apesar de já existir no extinto Código de Menores, a liberdade assistida ganhou nova formulação a partir do ECA, dispondo o seguinte:

A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

No antigo Código de Menores, a LA era aplicada para menor infrator com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar. Hoje, normalmente, aplica-se a todos os adolescentes, na maioria reincidentes em infrações leves ou quando cometem infrações graves, concluindo que é melhor deixá-lo no ambiente familiar, a fim de possibilitar sua reintegração à sociedade.

A LA, em síntese, consiste em uma medida judicial de cumprimento obrigatório, onde o adolescente será orientado e acompanhado por profissional durante determinado tempo, prazo mínimo de 6 meses (art. 118, §2º). Visa despertar no adolescente a consciência de seus atos ilícitos, buscando sua inserção na sociedade, por meio de programas comunitários, além de possibilitar que o profissional acompanhe, auxilie e oriente em suas atividades escolares e profissionais. A aplicação adequada desta medida evita a institucionalização do infrator e, conseqüentemente, todos os efeitos negativos e estigmatizantes decorrentes da internação.

As atividades impostas ao orientador estão disciplinadas no art. 119 do ECA, que dispõe:

Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

Em um estudo realizado pela Folha de São Paulo, constatou-se que após 14 anos de vigência do ECA, a medida de LA ainda não tinha sido implementada na maioria dos municípios da grande São Paulo. Dos 645 municípios paulistas, apenas 81 atendiam os jovens exclusivamente e 235 não tinham atendimento de liberdade assistida. Do restante, 159 eram atendidos diretamente pelo Estado; 128, em convênios do governo estadual com entidades sociais; e 41, em convênios do Estado com prefeituras.

Assim, na prática, esse tipo de medida não tem sido devidamente aplicada, pois, infelizmente, existem poucos meios materiais e humanos, imprescindíveis a sua concretização, como também por insuficiência de recursos e ausência de políticas públicas por parte dos municípios.

2.3.2.6 Do Regime de Semiliberdade

O regime de semiliberdade é aplicado ao adolescente que não representa perigo à sociedade, ou seja, ele pode trabalhar, estudar, desenvolver atividades externas durante o dia, e à noite se recolher na entidade. Com relação a essa medida, o ECA dispõe:

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação

A semiliberdade pode ocorrer de duas formas: quando o juiz, por meio de um processo de apuração de ato infracional, apura a responsabilidade do adolescente e aplica a medida; quando o adolescente, já cumprindo medida de internação é beneficiado com a progressão de regime, ou seja, pelo bom comportamento, sai da Fundação Casa para a semiliberdade, ou, em sua falta, para outra medida.

Mais uma vez, no aspecto prático, deixa a desejar, pois muitas vezes não existem estabelecimentos adequados para adolescentes passarem somente à noite. É o que ocorre na cidade de Marília, que não oferece esse tipo de entidade, sendo muitas vezes o adolescente prejudicado com a medida de internação, pois a medida de semiliberdade seria um mal menor, que, pelo menos, evitaria um mal maior, a privação da liberdade.

2.3.2.7 Da Internação

O Eca define a internação como medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme se pode extrair do art.121:

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Attingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Pelo princípio da brevidade deve-se entender que a internação é medida provisória, devendo ser decretada por tempo determinado, consoante ao art.121, §§2º e 3º e ao art. 227,§3º, V da CF que dispõe: “obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”.

Já pelo princípio da excepcionalidade deve-se entender a aplicação subsidiária desta medida, ou seja, só deve ser aplicada quando verificar a impossibilidade das demais. O art. 122 do ECA é corolário deste princípio:

A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Pela redação deste artigo, conclui-se que a medida de internação é taxativa, ou seja, aplicável somente nas hipóteses dos incisos I, II e III: se adota como parâmetro a legislação penal correspondente ao regime fechado, pois não seria justo que o adolescente fosse mais penalizado que o adulto; no caso de reiterado cometimento em infrações graves, ou seja, aquelas que tiveram como consequência e medida de internação; e por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta, denominada pela doutrina de internação sanção, sendo que nessa hipótese a internação não poderá ser superior a três meses. (§1º, art. 122).

Vale ressaltar que o aspecto de maior relevância está disposto no § 2º, que, literalmente, inverte o ônus da prova, obrigando o juiz a demonstrar de maneira cabal a não existência de medida mais adequada que a internação.

E, por fim, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento nada mais é do que o disposto no art. 125: “É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.”. Assim, na relação para com o menor, deve sempre permear o respeito, não podendo existir abusos, vexame ou constrangimento por parte da autoridade e de seus agentes.

O Estatuto prevê ainda algumas garantias ao adolescente privado de sua liberdade:

Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;

II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;

III - avistar-se reservadamente com seu defensor;

IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;

V - ser tratado com respeito e dignidade;

VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;

VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;

VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;

IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;

X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;

XI - receber escolarização e profissionalização;

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;

XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;

XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;

XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;

XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

§ 1º Em nenhum caso haverá incomunicabilidade.

§ 2º A autoridade judiciária poderá suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente.

Tais artigos representam uma conquista do ponto de vista histórico, pois não raras vezes os menores e os adultos eram submetidos indiscriminadamente mesmo tratamento, ocorrendo várias barbarias. Hoje, não mais se admite a internação de adolescente junto com adultos, ainda que provisoriamente; em caso de não ocorrência de vaga em estabelecimento adequado, ele deve ser posto imediatamente em liberdade.

Mister se faz a observância de todas as garantias previstas no ECA no tocante à aplicação de internação, pois tal medida apenas segrega e produz todos os efeitos negativos de rotulação, discriminação, desigualdade, ferindo assim os objetivos pregados pelo estatuto, qual seja, o bem-estar da criança e do adolescente.

Com relação à ineficácia da internação, Nogueira (1996, p.197) pondera:

Na verdade, ainda que as finalidades sejam próprias da internação, cujo objetivo deveria ser realmente a educação, preparação e encaminhamento do interno à vida exterior e social, as entidades de recolhimento tem padecido de várias falhas, o que impossibilita a educação ou recuperação de qualquer infrator que venha a ser internado. Certas unidades de internação têm sido foco de rebeliões, com reflexos negativos na opinião pública, que passa a desacreditar o tratamento dispensado aos menores infratores, bem como a própria instituição, como tem ocorrido com a FEBEM, que chegou a ser considerada pela Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos “um campo de concentração”.

Ainda com relação aos malefícios acarretados pela internação, observa Liberati (2003, p. 115):

Deve-se frisar que há um equívoco muito grande quando se depara com a mentalidade popular de que a solução do problema do adolescente infrator é a internação. Na verdade, por melhor que seja a entidade de atendimento, a internação deve ser aplicada de forma excepcional, porque provoca no adolescente os sentimentos de insegurança, agressividade e frustração, acarreta exarcebado ônus financeiro para o estabelecimento e não responde as dimensões dos problemas.

Por todas essas ponderações, justifica-se a preocupação em observar todas as garantias processuais concedidas aos adolescentes.

2.4 Da Remissão

O termo remissão significa perdão, indulgência, renúncia. O Estatuto, ao prever expressamente a possibilidade desse instituto, pretendeu sanar os efeitos negativos acarretados pelo procedimento judicial. Por isso, previu a possibilidade de ser aplicada por duas autoridades distintas, em tempos diversos.

Com relação ao tema, regulamentam os artigos 126 a 128 do ECA:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das

medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.

Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

Uma das hipóteses de remissão, conforme dispõe o caput do art. 126, é aquela aplicada pelo MP, antes de iniciado o procedimento de apuração de ato infracional, como forma de exclusão do processo.

A outra é a prevista no § único do mesmo artigo, que determina a possibilidade de a autoridade judiciária conceder esse benefício após iniciado o processo, como forma de suspensão ou extinção do processo.

A remissão deve ser aplicada sempre de forma pura e simples, ou seja, sem a cumulação com medida sócio-educativa, em razão de ocorrer flagrante ilegalidade. Antes de iniciado o procedimento de ato infracional, o MP concede esse benefício, no entanto, muitas vezes, cumula com medida sócio-educativa. Nesse caso, apontamos duas manifestas ilegalidades: para a aplicação de medida sócio-educativa, é condição necessária a observância dos princípios do contraditório e a ampla defesa; e como já visto, a súmula 108 do STJ reservou competência exclusiva ao juiz a aplicação de medidas sócio-educativas. Assim, conclui-se que o MP, ao oferecer remissão, não pode cumular aplicação de medida, em razão de ser inconstitucional a aplicação nessa fase e de não ser competente para tanto.

Os Tribunais já estão consolidando entendimento neste sentido.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Remissão concedida pelo Ministério Público. Impossibilidade de sua cumulação com medida socio-educativa. Inteligência dos arts. 126, 127, 180 e 181, da Lei n. 8.069/90. A remissão concedida pelo Ministério Público, antes de qualquer procedimento contra o menor, nos termos do art. 126, do Estatuto da Infância e do Adolescente, e' forma de exclusão do processo, nao podendo ser cumulada com aplicação de medida socio-educativa, porque esta, que compreende um meio de impor restrição ou penalidade ao menor, depende de representação do órgão ministerial, como uma das opções que lhe são conferidas pelo art. 180, do ECA, e só' pode ser aplicada por decisão da autoridade judiciária competente, conforme disposição expressa no art. 146, da Lei n. 8069/90. A possibilidade da cumulação, referida no art. 127, pressupõe a concessão da remissão pelo Juiz, nao mais pelo Ministério Público, depois de iniciada a instrução do procedimento, e já' em meio, conseqüentemente, ao indispensável contraditório, como salvaguarda do devido processo legal, em que se assegura ao adolescente a mais ampla defesa. (TJRJ - REV. FORENSE, vol 351, pág 512 APELAÇÃO CRIMINAL APELAÇÃO CRIMINAL Número do Processo: 1998.050.03456Data de Registro : 04/11/1999 Folhas: 22747/22755Comarca de Origem: NOVA IGUAÇU

Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL Votação : Unanime
Rel. Des.. INDIO BRASILEIRO ROCHA Julgado em 24/08/1999)

ECA - REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA SEM O OFERECIMENTO DA DEVIDA REPRESENTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - REFORMA DA SENTENÇA - DECISÃO ACERTADA - RECURSO DESPROVIDO. (TJMG - Proc. nº 1.0000.00.314712-1/000(1) - Relator LUIZ CARLOS BIASUTTI - j. em 08/05/2003 - publicado em 07/06/2003).

REMISSÃO. COMPETÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. AUTORIDADE JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. FASE PRÉ-PROCESSUAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. OFENSA. A concessão do instituto da remissão a menor infrator, em fase precedente ao procedimento judicial, é ato exclusivo do representante do Ministério Público e que carece, apenas, da homologação da autoridade judicial. A aplicação do instituto da remissão cumulada à medida sócio-educativa consistente em prestação de serviços à comunidade, em momento prévio ao oferecimento de representação contra menor infrator, revela-se contrária aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, como tal, não pode prevalecer. Recurso em que se rejeita preliminar e, no mérito, nega-se provimento. (TJMG - Proc. nº 1.0000.00.309112-1/000(1) - Relator TIBAGY SALLES - j. em 27/05/2003 - publicado em 30/05/2003)

Ainda que haja entendimento consolidado, na prática, muitas vezes, o Ministério Público na oitiva informal concede remissão cumulada com medida em meio aberto, sendo que apenas há representação para aplicação de medida sócio-educativa nos casos em que o ato é grave e passível de ser aplicada medida em meio fechado. Conforme será tratado, é na oitiva informal que normalmente ocorre à aplicação da medida e dificilmente há algum tipo de impugnação, tendo em vista que a presença de advogado, até esse momento, não é obrigatória.

Em que pese entendimento contrário, a acumulação com medida acarreta graves problemas no tocante ao seu desdobramento, pois pode ocorrer de o adolescente não cumprir a medida sócio-educativa a qual foi cumulada com a remissão. Neste caso, também não há que se aplicar o inciso III do artigo 122 do ECA, pois, ainda que o adolescente descumpra reiterada e injustificadamente a medida, esta não foi aplicada com a observância dos princípios constitucionais fundamentais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, pelo que não pode ser convertida em medida de internação.

Há entendimentos consolidados neste sentido.

MENOR - Remissão oferecida pelo Ministério Público cumulada com medida de liberdade assistida - Homologação pela Autoridade Judiciária -

Conversão em internação ante o descumprimento da ordem judicial pelo menor - Inadmissibilidade - Nulidade absoluta - A aplicação de medida sócio-educativa cumulada com a remissão só é possível com o devido processo legal - Inocorrência - Necessidade de recolhimento do mandado de busca e apreensão - Ordem concedida. (Habeas Corpus n. 047.451-0 - São Paulo - Câmara Especial - Relator: Djalma Lofrano - 02.04.98 - V.U.)

Habeas-corpus. Furto qualificado. Remissão. Aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida, combinada com medidas de proteção. Descumprimento das medidas. Decisão que determinou a substituição da medida aplicada para a de internação da adolescente. Alegada coação ilegal. Liminar indeferida. Constrangimento ilegal caracterizado. Cerceamento de defesa. Ausência do devido processo legal. Garantia constitucional. Expedição de alvará de soltura clausulado. Ordem concedida. (TJPR - Habeas corpus nº 107.406-2, Curitiba, Rel. Des. Clotário Portugal Neto, ac. nº 13334 - 1ª Câ. Crim., j. 31/05/2001).

Assim, na prática, caso exista qualquer desdobramento da medida sócio-educativa aplicada em decorrência da remissão, sempre poderá ser alegada a violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mesmo que em momento processual posterior, ainda mais porque, por haver violação a princípios fundamentais, há nulidade absoluta, a qual pode ser argüida a qualquer tempo.

CAPÍTULO 3 – DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE ATO INFRAACIONAL COMETIDO POR ADOLESCENTE



Revista Visão Mundial

3.1 Da Representação à Aplicação de Medida Sócio-Educativa

3.1.1 A Custódia Provisória

Ao se constatar a prática de ato infracional, a autoridade policial competente lavrará o boletim de ocorrência. No entanto, quando se tratar de hipótese de flagrante cometido mediante grave violência ou ameaça a pessoa, o delegado deverá lavrar auto de apreensão, onde deverão ser ouvidos as testemunhas, quando houver, e o próprio adolescente.

Realizando tais procedimentos, o boletim ou auto de apreensão em flagrante deve, imediatamente, ser remetido ao membro do Ministério Público. Da mesma forma, o adolescente, apreendido em flagrante, caso não tenha sido liberado com o comparecimento dos pais ou responsáveis, deve ser levado imediatamente ao Ministério Público, para a realização da oitiva informal. Caso não existia possibilidade do encaminhamento imediato, o adolescente poderá aguardar na Delegacia da Infância e Juventude ou, na falta, em delegacia comum, desde que separado dos maiores, em prazo nunca superior ao de 24 horas, sob pena de responsabilidade da autoridade policial.

Esse procedimento é regulado pelos arts. 173 a 175 do ECA:

Art. 173 Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:

I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;

II - apreender o produto e os instrumentos da infração;

III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.

Art. 174. 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 pessoal ou manutenção da ordem pública.

Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 1º Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

Com a Constituição vigente, é assegurado que qualquer pessoa quando for detida será informada de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calada, sendo assegurada à assistência da família e do advogado, nos termos do art. 5º, LXIII da CF. No caso, em se tratando de adolescente, esses direitos devem ser observados com mais seriedade, por se tratar de pessoa em desenvolvimento.

O caput do artigo 174 prevê a internação provisória como exceção, quando “pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.”. Assim, em regra, comparecendo os pais ou responsável o adolescente será prontamente liberado, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representado do MP.

Entretanto, alguns magistrados não observam esses requisitos específicos do artigo 174 e acabam internando provisoriamente o adolescente, com base apenas na presença de indícios de autoria e materialidade.

Muitos magistrados decretam a internação sem demonstrar a “*necessidade imperiosa da medida*”, desrespeitando o § único do art.108 que dispõe: a decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida. Nesses casos, há possibilidade de ser impugnada, diretamente através de agravo de instrumento (artigo 198, *caput*, do ECA) ou *habeas corpus*. No entanto, muitas vezes, em razão de o Estado não fornecer defensores públicos em número suficiente, o adolescente acaba sofrendo cerceamento em seu direito de defesa, cumprindo a internação provisória.

Decretada a custódia provisória, esta deve ser cumprida em entidade de atendimento de adolescente ou, na sua falta, em repartição policial, desde que isolado dos maiores e com instalações apropriadas (art. 185, ECA). O Tribunal já se manifestou nesse sentido:

Não sendo possível a pronta transferência do adolescente para estabelecimento apropriado, poderá ele permanecer em repartição policial, desde que isolado dos adultos, pelo prazo máximo de cinco (5) dias. Excedido esse prazo, sem ter sido efetivada a remoção, impõe-se a liberação do adolescente. Decreto de internação provisória despido de fundamentação é nulo. (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP - Jurisprudência - Vol. 01/97 HC 95.1490-4, TJPR, Rel. Des. Carlos Hoffmann, j. 04/12/95).

O art. 108 estabelece o prazo máximo de 45 dias para a internação provisória, sendo que o procedimento deve ser apurado em tal prazo. Caso ultrapassado esse período deve-se revogar a internação.

O STJ já se manifestou a respeito de que a periculosidade abstrata do agente não é motivo de se manter a internação além do prazo estabelecido em lei.

HABEAS CORPUS – ECA – ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. EXCESSO DE PRAZO. PACIENTE INTERNADO PROVISORIAMENTE HÁ MAIS DE TRÊS MESES. ORDEM CONCEDIDA RATIFICANDO LIMINAR.

O prazo para internação provisória de menor é de quarenta e cinco dias, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, não se admitindo a permanência da custódia do agente por injustificáveis três meses, sem sentença. A periculosidade abstrata do agente, assim como a probabilidade de prática de novos crimes, sem fundamento concreto, não servem como embasamento para manutenção da internação provisória do menor, por tempo indeterminado. Ordem concedida, salvo se o paciente estiver internado por outro motivo. (HC 105723 / MS; Ministra JANE SILVA- T6 - SEXTA TURMA; DJe 23.06.2008).

A internação provisória deve sempre ser utilizada de forma excepcional, observando todas as garantias processuais previstas no ECA, de tal modo que fique cabalmente evidenciada sua necessidade, sob pena de afrontar os arts. mencionados.

3.1.2 Oitiva Informal

Após a apreensão, o adolescente deverá ser encaminhado ao Membro do Ministério Público para realização da oitiva informal, conforme o disposto no art. 179 do estatuto:

Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua

oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Esse ato tem por finalidade exclusiva a formação da convicção do Ministério Público quanto à concessão da remissão, do oferecimento da representação ou da proposta de arquivamento do feito (art.180 ECA). Diferentemente dos procedimentos realizados com os adultos, em que o MP decide apenas com base nas provas obtidas, na infância ocorre a oitiva do suposto infrator.

Ressalte-se que possível confissão obtida nesse momento equivale àquela produzida perante a autoridade policial, ou seja, não há observâncias do contraditório, razão que não pode servir como meio de prova para uma suposta procedência da representação, sob pena de ofensas aos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, dentre outros.

Como a realização da oitiva informal está prevista em lei, sua observância é obrigatória, pois a não realização pode impedir uma possível concessão do benefício da remissão, ou até mesmo o próprio arquivamento dos autos. Neste sentido, o Tribunal já se posicionou.

ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL - REPRESENTAÇÃO OFERTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM A OITIVA PRÉVIA DO MENOR ENVOLVIDO, SEUS PAIS OU RESPONSÁVEIS - FRUSTRAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO OU REMISSÃO - FORMALIDADE PREVISTA NO ART. 179 DA LEI N. 8.069/90 (ECA) - NORMA COGENTE - OBRIGATORIEDADE - OFENSA À GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW - NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Sendo "exato que como dominus litis tem o Promotor o seu livre convencimento, mas este, pela própria definição legal da norma do artigo 179, não será completo sem a prévia e ainda que informal oitiva do menor e dos demais envolvidos no ato infracional" (LEX 164/166), acarreta nulidade insanável o descumprimento do referido dispositivo. (TJSC - Apelação criminal n. 98.012471-9, de Timbó.Relator: Des. Jorge Mussi. Data Decisão:27/10/2004).

Observa-se que o objetivo do ECA ao prever a realização da oitiva é justamente propiciar ao adolescente a oportunidade da não instauração do processo, no entanto, na prática, infelizmente, o que se percebe é realização da oitiva informal como oportunidade de colheita de provas contra o adolescente, objetivando a confissão do ato. Mesmo não tendo

valor probatório, a oitiva acaba sendo usada como prova de autoria ao longo do procedimento judicial.

O que contribui para essa ilegalidade é uma brecha dada pela lei, que não prevê a presença obrigatória de advogado nessa fase. O artigo 111, inciso III, garante a defesa técnica por advogado na apuração de ato infracional, e a oitiva é condição predominante na convicção do órgão ministerial. Assim, deve-se garantir o direito obrigatório à constituição de advogado, assegurando o pleno direito de defesa do adolescente.

3.1.3 A Iniciativa da Ação

Aqui ocorre uma divergência, pois há doutrinadores que entendem ser a iniciativa da ação exclusiva do MP, independentemente de consentimento do ofendido nos casos de ação privada. Defendem que o ECA estabelece no artigo 180 que, após a realização da oitiva, o Ministério Público poderá promover o arquivamento dos autos, conceder remissão ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa. Nesse artigo, ao dispor expressamente sobre a legitimidade do MP sem nada falar do ofendido, quis o legislado deixar a critério exclusivo do MP.

A maioria dos doutrinadores adota essa posição, em razão de o ECA não ter condicionado à representação do ofendido.

Paulo Afonso (2000, p.51) comenta sobre a legitimidade da ação sócio-educativa:

No que concerne à *legitimitio ad causam*, deflui do Estatuto da Criança e do Adolescente que somente o Ministério Público pode promover a ação sócio-educativa. É ela, portanto, sempre pública. Somente o Estado, através da instituição encarregada de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, tem legitimidade para invocar a tutela jurisdicional, pretendendo a aplicação de medida que funcione como meio de defesa social e, ao mesmo tempo, instrumento de intervenção positiva no processo de desenvolvimento do adolescente infrator. Assim, inexistente a figura da ação sócio-educativa privada, ou ação sócio-educativa condicionada, não só pelo fato de inexistir menção legal expressa, como, também, decorre do sistema adotado pelo Estatuto a titularidade exclusiva do Ministério Público para promover a aplicação coercitiva da medida sócio-educativa.

Ao estudar a questão, Liberatti (2003, p.188) afirma:

Diversamente dos Códigos Penal e de Processo Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente enfrenta a questão da condição de procedibilidade de maneira a permitir ao *dominus litis* maior velocidade no processamento de apuração do ato infracional. Assim acontece, por exemplo, com aqueles crimes cujo início da ação penal dependa da representação do ofendido.

Há uma minoria que defende a necessidade de iniciativa do ofendido como pressuposto de admissibilidade no recebimento da representação. Sustentam que o ECA estabelece que as regras do CPP devem ser utilizadas subsidiariamente ao procedimento de apuração do ato infracional.

3.1.4 A Audiência de Apresentação

Ao receber a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação, para a qual o adolescente e seus pais ou responsáveis serão cientificados do teor da representação e notificados a comparecer acompanhados de advogado (art. 184, *caput* e §1º). Esta cientificação de que trata o ECA se trata da citação, ou seja, o ato pelo qual o adolescente e seus responsáveis legais tomam ciência da ação que é movida e são chamados a se defender.

Não há possibilidade de citação ficta, pelo que não se admite citação por edital ou hora certa. Portanto, não sendo encontrado o adolescente, o feito ficará suspenso (art. 184, §3º do ECA).

O §4º do art. 184 do ECA prevê que, se o adolescente estiver internado, será requisitada sua apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsáveis. Entretanto, tal requisição não dispensa a necessidade de citação do adolescente, conforme o previsto no §1º do art. 184 do ECA, pois, caso contrário, seriam feridos os princípios do contraditório e ampla defesa. O adolescente tem o direito de ser citado, em tempo anterior razoável, para que tenha ciência do conteúdo da representação e possa elaborar a auto-defesa, a qual será exposta no momento da audiência de apresentação. Portanto, o descumprimento deste direito fundamental pode sempre ser argüido.

Na audiência de apresentação, serão ouvidos tanto o adolescente quanto seus pais ou responsáveis, sendo que se não forem encontrados os pais ou responsáveis, a autoridade providenciará um curador especial, nos termos do §2º do art.184. É de suma importância que seja assegurado ao adolescente o direito de conversar com advogado anteriormente à

audiência de apresentação, para que seja devidamente orientado e instruído com relação a defesa apresentada.

Deve-se orientar o adolescente e sua família sobre a importância de fornecer rol de testemunhas que será apresentado quando da defesa prévia, pois na prática, não raro, o adolescente não conhece esses direitos, sendo altamente prejudicado nas análises das colheitas de provas. Conta-se, em regra, o prazo de três dias, para que ofereça defesa prévia e rol de testemunhas, desde esta audiência, caso exista advogado constituído, ou, quando não, da juntada do mandado cumprido. É extremamente prejudicial à realização da audiência sem a presença de advogado, sendo a não obrigatoriedade de defensor uma brecha legislativa, devendo ser realizada uma interpretação sistemática.

O §2º do artigo 186 do ECA dispõe:

Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.

Da sua interpretação literal conclui-se que, caso o adolescente não tenha advogado constituído, apenas será nomeado um após a realização da audiência de apresentação e se o fato for passível de aplicação de medida sócio-educativa de internação ou semiliberdade. Entretanto, tal dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 111, inciso III, do ECA, o qual assegura aos adolescentes a defesa técnica por advogado.

Assim, qualquer que seja a medida sócio-educativa passível de ser aplicada, ao adolescente deve ser garantida a defesa técnica por advogado, sob pena de violação do dispositivo acima mencionado, além dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Além disso, o §2º do art. 186 do ECA deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, que traz, no seu art. 5º, princípios fundamentais, entre os quais o do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (incisos LIV e LV), que dá ao adolescente o direito de ser entrevistado e orientado por advogado anteriormente à realização da audiência de apresentação.

3.1.5 A Audiência de Instrução, Debates e Julgamentos

O ECA teve a notória intenção de tornar célere o procedimento para apuração do ato infracional e aplicação de medida sócio-educativa, tanto que estabeleceu prazo máximo de internação provisória de 45 dias (art. 183, ECA), quando o processo deve estar sentenciado. Para que isso seja possível, o rito estabelecido pelo ECA é preponderantemente oral.

Portanto, realizada a audiência de apresentação, em regra, no mesmo ato já é designada a audiência de instrução, debates e julgamento, onde todos os presentes já saem intimados, sendo determinada apenas a intimação das testemunhas de acusação e, após a apresentação da defesa prévia, também as de defesa, bem como outras, a critério a autoridade judiciária, imprescindível para elucidação dos fatos.

Na audiência em continuação, o adolescente deve estar presente e, caso esteja internado, deverá ser requisitada sua apresentação. Caso o adolescente não seja apresentado, poderá ser argüida eventual nulidade, já que o momento ao lado do defensor pode ser importante até para que ele seja orientado quanto às afirmações das testemunhas, pois somente o adolescente tem conhecimento integral dos fatos ocorridos.

Instalada a audiência em continuação, serão ouvidos, nesta ordem, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela Defesa. Caso não hajam mais diligências a serem realizadas, após a oitiva das testemunhas, ocorrerão os debates orais, onde as partes devem deduzir oralmente seus argumentos favoráveis às suas pretensões. Será dada a palavra ao Ministério Público e, em seguida, à Defesa, para que se manifestem em 20 minutos cada um, o que pode ser prorrogado por mais 10 minutos nos termos do §4º do art. 186 do estatuto, após o término das alegações, o juiz deverá prolatar, oralmente, a sentença. Normalmente, as alegações são entregues na forma de memoriais, no prazo de 5 dias, caso não se encontre custodiado ou, quando não, deverão ser apresentados em 48 horas. Neste caso, deverá estar atento à regra do art. 183, que prevê o prazo de 45 dias para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internando provisoriamente.

Proferidos os debates ou entregues os memoriais, o magistrado prolatará a sentença, da qual já sairão cientes todos os presentes. Caso tenha sido aplicada medida em meio fechado, o adolescente será consultado se pretende recorrer, o que deve constar dos autos (§2º do art. 190 do ECA). Lembrando que se o adolescente não apresentar o desejo de recorrer, não impede o defensor de ingressar com o recurso, uma vez que se trata de profissional habilitado e experiente para decidir sobre o assunto, devendo, portanto, a defesa técnica prevalecer sobre o direito subjetivo do adolescente de não recorrer.

CAPITULO 4 - AS GARANTIAS QUE DEVEM SER OBSERVADAS NA APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO



Revista da Secretaria Municipal do Bem-Estar Social de Marília

4.1 As Hipóteses de Internação são Taxativas

Apesar de ser expresso na redação desse dispositivo o caráter exaustivo da internação, muitos aplicadores do direito raciocinam com base na legislação anterior – Código de Menores- e acabam privando o adolescente da liberdade, pelo mesmo parâmetro dito como “o ato anti-social”.

No antigo Código de Menores, no tocante às infrações cometidas, priorizava-se o controle social, sendo que, em vista de qualquer ato delituoso praticados por crianças e adolescentes, ou, pela simples condição de marginalidade, o juiz de imediato determinava a apreensão e confinamento dos menores, e apegados ainda a essa mentalidade, muitos juristas ainda não se deram conta de que, com o advento do ECA, a medida de internação passou a ser regida pelo **princípio da legalidade estrita**.

A medida de internação somente pode ser aplicada nos casos previstos em lei, nas hipóteses definidas *a priori*, pois seria completamente inadmissível a pessoa não poder saber previamente o que pode fazer ou deixar de fazer para evitar a perda de sua liberdade. Destarte, não possui o magistrado, nesta matéria, qualquer poder discricionário. Não pode, apenas porque entende ser mais apropriado aos interesses do jovem, ministrar-lhe internação. A decretação da medida de internação, como já visto, somente está autorizada nas três hipóteses expressamente previstas no art. 122 do Estatuto, que dispõe:

A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I- tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
- II- por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III- por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Conclui-se, a partir da leitura desse artigo, que é categoricamente ilegal a sustentação de jovem internado fora das hipóteses descritas, sob pena de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, o inciso I estabelece que o delito deve reunir as características de grave ameaça ou violência contra a pessoa, e, nessa hipótese, a doutrina vem seguindo como parâmetro a legislação penal correspondente ao regime fechado, que são em tese os crimes punidos com pena superior a oito anos. Ainda que pese tal entendimento, o inciso I deve ser aplicado apenas quando o ato praticado pelo adolescente tiver essas características, qual seja, grave ameaça, ou violência à pessoa, não portando qualquer tipo de interpretação extensiva.

Na prática, verificam-se muitos abusos por parte dos magistrados, que não observam o caráter excepcional da medida e aplicam discriminadamente.

O inciso II refere-se ao requisito prévio da existência de atos infracionais graves, também devidamente comprovados. Ressalte-se que o inciso se restringe aos casos de reincidência de infrações graves, ou seja, aqueles cometidos com violência à pessoa.

A terceira condição é denominada pela doutrina de internação-sanção, que não pode ser superior a três meses, conforme estabelece o art. 122, §1º. Aplica-se quando o adolescente, em sede de execução, descumpra de forma reiterada e injustificável qualquer medida imposta. Salienta-se que o Tribunal já entende de forma pacífica que só ocorre reiteração, para efeitos de incidência da medida de internação, quando verificados, no mínimo, três casos de descumprimento de medida anteriormente imposta.

A reiteração, para efeitos de incidência da medida de internação, ocorre quando verificados, no mínimo, três casos de descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta. Descumprindo-se apenas 1 (uma) vez, como o foi na hipótese dos autos, não é possível a aplicação da referida medida. – Ordem concedida para que o menor seja reconduzido à semiliberdade (HC 25817/SP – Relator Ministro JORGE SCVARTEZZINI (1113) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA – Data do Julgamento 3/06/2003. Data da Publicação/Fonte - DJ 18.08.2003 p. 221).

Com relação a esse artigo, percebem-se muitas ilegalidades cometidas pelos juízes da infância que apegados ainda à legislação anterior, optam pela internação como regra, por entender ser o melhor lugar para os adolescentes desviantes dos padrões legais. Ainda no tocante ao inciso III, muitos juízes e promotores, a partir de uma interpretação extensiva, sustentam que, em caso de medida mais branda que se mostre ineficaz, podem e devem regredir a medida. Além de cometerem abusos no tocante ao mérito da regressão, muitas vezes convertem a medida sem ao menos ouvir o adolescente, ofendendo a súmula 265 do STJ que apresenta o seguinte teor: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

De maneira tímida, os Tribunais já vêm se pronunciando em prol dos direitos dos infantes.

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. A internação do menor é medida excepcional, cabível nas hipóteses taxativamente previstas em lei (art. 122 do ECA), dentre as quais não se

enquadra o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, praticado por menor sem antecedentes pertinentes. (Precedentes).

Recurso provido." (RHC n.º 15.283/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 08/03/2004)

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INTERNAÇÃO. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA.

II - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas apenas 2 (duas) práticas infracionais, como o foi na hipótese dos autos, tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a aplicação da referida medida. Habeas corpus concedido.” (HC 21153 / SP – Relator Ministro FELIX FISCHER - QUINTA TURMA - DJ 31.05.2004 p.00332 – unânime)

HABEAS CORPUS – Impetração em favor de menor contra decisão que lhe impôs internação, substituindo liberdade assistida – alegação de nulidade, por ausência de prévia oitiva do paciente e diante da ilegalidade da regressão – ADMISSIBILIDADE – Caso em que o paciente foi ouvido informalmente pelo Ministério Público, o que não substitui sua oitiva prévia em Juízo, momento quando estava apreendido e isso poderia ocorrer sem maiores delongas – Necessidade de respeito ao devido processo legal, violados o contraditório e ampla defesa quando não se ouve o adolescente acerca dos motivos que o levaram a desobedecer o regime que estava em curso – SÚMULA 265 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – ORDEM CONCEDIDA. (HABEAS CORPUS TJ/SP Nº: 123.072-0/5-00)

HABEAS CORPUS. ECA. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ARTIGO 122 DA LEI 8.069/90. ENUMERAÇÃO TAXATIVA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO ATO INFRACIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) especifica, em rol taxativo, as hipóteses em que é cabível a imposição de medida sócio-educativa de internação ao adolescente infrator (precedentes do STJ);

2. Ordem concedida para anular a decisão de primeiro grau para que outra seja proferida, permitindo-se que o paciente aguarde em liberdade assistida a prolação da nova decisão. (HC 43555 / SP, Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA/ T6 - SEXTA TURMA; DJ 05.12.2005 p. 383)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ECA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SÓCIO- EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRIMARIEDADE. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A medida sócio-educativa de internação, a teor do art. 122, da Lei 8.069/00 - Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser imposta, tão-somente, nas hipóteses de: I- tratar-se de ato infracional cometido mediante

grave ameaça ou violência à pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta;

2. Na consolidada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a medida extrema só será autorizada nas hipóteses enumeradas de forma taxativa - *numerus clausus* - no citado artigo 122 do ECA, dentre as quais não se encontra o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes praticado por menor que não ostente antecedentes;

3. A simples alusão à gravidade do fato praticado não é suficiente para motivar a privação total da liberdade, até mesmo pela excepcionalidade da medida extrema.

4. Ordem concedida para anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente aguardar a nova decisão em liberdade assistida. (HC 41333 / RJ, Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA; T6 - SEXTA TURMA, DJ 22.08.2005 p. 348).

De qualquer forma, sob o disfarce de medida simplesmente educativa, a internação vem sendo aplicada nas instâncias inferiores sem observância das garantias legais estatuídas aos adolescentes, situações que, quase por unanimidade, estão sendo corrigidas nos tribunais superiores.

4.2 A Ilegalidade na Sentença que Decreta Internação com Base em Fundamentações Genéricas

Como visto, a internação é medida extrema e só pode ser decretada nas hipóteses taxativas descritas no art. 122 do estatuto. No entanto, não é raro encontrar decisões que impõem a internação de forma arbitrária, sob o fundamento da gravidade do ato, não se passando de decisões genéricas, afrontando o estabelecido no artigo 93, IX, da CF.

O Tribunal já vem se consolidando a respeito de que a gravidade do ato infracional não justifica por si só a adoção de medida mais severa, tampouco são suficientes as fundamentações genéricas no sentido de referir-se a adolescente com antecedentes infracionais, mau comportamento, vida ociosa, falta de respaldo e estrutura familiar, como se tais circunstâncias justificassem a segregação. Aliás, muito pelo contrário, normalmente, os adolescentes são vítimas do próprio sistema, devido à má distribuição de rendas; má aplicação das verbas públicas; falta de políticas públicas; educação deficitária e muitos outros problemas de ordem social que acabam contribuindo na inserção do adolescente no mundo do crime. Por tudo dito, os adolescentes devem ser amparados, reeducados, assistidos e não segregados por simples entendimento do magistrado que julga estar fazendo o “melhor”. Os Tribunais estão se posicionando com relação a essas fundamentações.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. APLICAÇÃO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE GENÉRICA DO ATO INFRACIONAL. ADOLESCENTE PRIMÁRIO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA EM MEIO ABERTO IMPOSTA NA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conquanto seja firme o magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o ato infracional cometido com violência ou grave ameaça a pessoa é passível de aplicação da medida sócio-educativa de internação (art. 122, inc. I, da Lei 8.069/90), tal orientação não afasta a necessidade de que sejam observados os princípios adotados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na aferição da medida mais adequada à recuperação, formação e reeducação do adolescente infrator.

2. No caso, se a medida sócio-educativa em meio aberto imposta na sentença estava se revelando, ao longo do período de cerca de 5 meses entre o início do cumprimento e o julgamento do acórdão impugnado, suficiente para promover a recuperação do adolescente, que jamais se envolvera na prática de outro infracional, configura constrangimento ilegal a decisão que determina a aplicação de medida sócio-educativa de internação baseada na gravidade do ato, sem apontar relevante motivo concreto que justifique a imposição de medida mais gravosa.

3. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau. (HABEAS CORPUS STJ Nº 58.175/SP – 2006/0089482-4)

HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. MEDIDA EXCEPCIONAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Se, por um lado, a medida de internação está legalmente autorizada (artigo 122, inciso I), por outro lado, como medida excepcional que é, somente pode ser aplicada ou mantida quando demonstrada sua real necessidade.

2. Não se harmoniza com o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente o argumento de que a gravidade do fato, por si, já revela a "personalidade violenta", o "desajuste incompatível com a liberdade" ou o "grave desvio de caráter", mais ainda quando o adolescente não possui qualquer registro anterior que o desabone.

3. Ordem CONCEDIDA para anular a sentença de primeiro grau, no tocante à medida imposta e, afastando a medida de internação, determinar que outra decisão seja prolatada, devendo, enquanto isso, permanecer o Paciente em liberdade assistida. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 58.428/SP – 2006/0093285-6)

HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. MEDIDA EXCEPCIONAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Se, por um lado, a medida de internação está legalmente autorizada (artigo 122, inciso I), por outro lado, como medida excepcional que é, somente pode ser aplicada ou mantida quando demonstrada sua real necessidade.
2. Não se harmoniza com o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente o argumento de que a gravidade do fato, por si, já revela a "personalidade violenta", o "desajuste incompatível com a liberdade" ou o "grave desvio de caráter", mais ainda quando o adolescente não possui qualquer registro anterior que o desabone.
3. Ordem concedida para anular a sentença de primeiro grau, no tocante à medida imposta e, afastando a medida de internação, determinar que outra decisão seja prolatada, devendo, enquanto isso, permanecer o Paciente em liberdade assistida. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 2005/0136989-6; MIN REL: PAULO MEDINA; 07 DE MARÇO DE 2006).

A adoção de medida de internação requer do magistrado estrita observância à lei ou, quando não, uma análise mais consistente e considerações mais amplas sobre múltiplos aspectos do caso, sob pena de ofender os objetivos preconizados pelo estatuto.

4.3 Necessidade de Serem Observados todas as Garantias Processuais Previstas na Legislação Penal

4.3.1 Devido Processo Legal

O procedimento por meio do qual se apura um ato infracional é bastante célere, principalmente quando ocorre internação provisória, pois, nesses casos, o processo deve terminar em até 45 dias, por força do art. 108 do estatuto.

Muitas vezes, em razão da celeridade, tem-se uma inobservância das principais garantias processuais. O art. 110 do estatuto prevê a garantia do processo legal, no entanto, há juízes que em razão da confissão do adolescente, dispensam a instrução e já julgam procedentes as representações, aplicam medidas sócio-educativas, contrariando totalmente o conteúdo desse princípio. Ou, quando não, o MP, na oitiva informal, concede a remissão e cumula aplicação de medida em meio aberto.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, a garantia do devido processo legal engloba (2002, p. 352):

o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação), de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz

competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal. O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso.

Ainda a Eca, no art. 111, enumera algumas garantias estatuídas ao adolescente, conforme se observa:

São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

- I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
- II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III - defesa técnica por advogado;
- IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
- V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Ressalte-se que essas garantias são exemplificativas, isto é, admite-se a aplicação de outras previstas no ordenamento jurídico penal, ou adotadas por convenções ou tratados cujos textos foram aprovados pelo Brasil.

Assim, para a aplicação de qualquer medida sócio-educativa devem-se observar todos os trâmites legais, principalmente, em relação à medida de internação, pois era prática comum do Código de Menores aplicar medida de internação arbitrariamente, pois se pensava que, retirando o jovem do convívio social, se restituiria a ordem pública. O jovem infrator era confinado nas instituições para ressocialização, o que não ocorria, ao contrário, as péssimas condições somente aumentavam a exclusão, a revolta e o estigma.

Siqueira (1991, p.81), ao tratar da doutrina do Código de Menor conclui que:

Na vigência do Código de Menores não havia uma preocupação rigorosa na aferição da culpa, é verdade. Para os menoristas, o envolvimento do menor na prática de infração penal era suficiente para caracterizar a situação como irregular. Daí a severa crítica ao Código pelos adeptos da nova corrente. O reverso da medalha está em que as medidas do Código estão longe de ser considerados “penas”, o que não ocorre com as mesmas medidas do estatuto, portanto a aplicação da simples advertência deve-se perquirir a culpa, obedecendo-se rigorosamente ao princípio do contraditório. Um pai menorista ao ver seus filhos em luta corporal, sem procurar a razão da briga, aos dois adverte. No seu entender irmãos não devem brigar, e isto vale uma advertência. O pai estatuísta, diante da mesma situação, apura o fato, dando direito de defesa a um e a outro, aplicando ao culpado um castigo ou

reprimenda pelo ato e não aos dois, podendo conceder ao culpado a remissão.

O devido processo legal é, então, um direito fundamental que se inobservado não pode resultar nenhuma punição ao infrator, sob pena de ofender preceitos básicos e fundamentais preconizados não só pelo ECA, como também pela CF. Em outras palavras, a aplicação de qualquer penalidade deve ser sempre decorrente de um processo no qual a plenitude da defesa e o contraditório sejam respeitados.

4.3.2 Da Defesa Técnica

O Estatuto assegura o direito à defesa técnica por advogado (art. 111, III) ao jovem suspeito de prática infracional. No mesmo sentido, o art. 227 do referido diploma legal estabelece que “nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor”.

No decorrer desta exposição já foram abordados alguns aspectos sobre a importância da defesa técnica concedida ao adolescente, sendo totalmente inviável a não defesa em qualquer fase da apuração, até mesmo na oitiva informal, pois, normalmente, uma simples confissão nessa fase configura uma possível procedência de representação e, dependendo do ato até mesmo medida de internação.

Dessa forma, a defesa técnica, que poderá ser feita por defensor público, advogado dativo ou constituído, é importante desde o início da apuração do ato infracional, ou seja, na fase policial, pois, sem dúvida alguma, é nessa fase que ocorrem as maiores opressões e violações de direito. Acima de uma defesa técnica, é necessário que seja efetiva, ou seja, com defensores que atendam todo o contingente, a fim de poder possibilitar uma efetiva e concreta defesa em prol dos interesses do adolescente.

4.4 Os Princípios Norteadores da Medida de Internação

A medida de internação é regida pelos seguintes princípios: excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esses princípios devem reger a sua aplicação na prática, ou seja, na decretação de medida de internação, mister se faz a observância desses parâmetros, sob pena de afronta ao sistema. O princípio da excepcionalidade informa que a medida de internação somente será aplicada em último caso,

justamente por ser excessivamente danosa à pessoa em desenvolvimento e pouco eficaz. No entanto, ainda os juízos locais costumam não observar o caráter de exceção da medida, fazendo a regra da exceção.

O STJ vem reafirmando o caráter excepcional da medida:

EMENTA. Ato infracional (roubo qualificado). Medida sócio-educativa (internação). Brevidade e excepcionalidade (princípios). Parecer técnico favorável. 1. A medida sócio-educativa de internação deve ser regida pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. 2. Carece de legalidade a decisão que, apesar de parecer técnico favorável, mantém, sem motivação, a internação do menor infrator. 3. Ordem concedida. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 47.030/SP)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

I - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes).

II - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de tráfico de entorpecentes não enseja, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA (Precedentes).

Ordem concedida. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 50.586/SP – 2005/0199179-0)

Já pelo princípio da brevidade, entende-se que a internação tem que ter um tempo determinado para sua duração, sendo o mínimo de 6 meses (art. 121§2º) e o máximo de 3 anos (§3º). Durante o cumprimento de medida de internação, o adolescente é constantemente reavaliado pelos profissionais da Fundação Casa.

Caso o relatório seja favorável, nos casos de adequação de atividades, evolução no comportamento, o adolescente já pode pleitear a progressão. Entretanto, por ter praticado ato infracional grave, às vezes, o Ministério Público discorda, ainda que haja relatório técnico da Fundação Casa neste sentido, no que é seguido pelas decisões que mantêm a internação por mais seis meses.

Referidas decisões não são incomuns e violam expressamente o princípio da brevidade que vem expresso no caput do art. 121 do ECA, sendo que os tribunais já estão adotando posicionamentos sensíveis a respeito:

Contra decisão que acolhendo manifestação ministerial manteve o adolescente em regime de internação e determinou a realização de entrevista a cargo dos técnicos da DEIJ, sobreveio agravo de instrumento.(...) No curso da execução da medida reeducativa, cinco estudos multidisciplinares a cargo dos técnicos da FEBEM vieram para os autos e não sugeriram a reversão da providência excepcional embora tenham narrado os progressos educativos do adolescente. Apenas em janeiro deste ano é que veio para os autos da execução um sexto estudo multidisciplinar subscrito por técnicos da FEBEM que recomendou a reversão do regime drástico para o da liberdade assistida. Primeiramente, os ideais de brevidade e de excepcionalidade tomaram a vestimenta de princípios, já que encartados no art. 227, § 3º, inciso V, da CF, transmudando-se em cláusulas gerais que não podem ser esquecidas em relação aos jovens infratores. Não é possível a adoção de dois pesos e duas medidas: quando o laudo da FEBEM não recomenda a reversão da internação ele se presta para a manutenção do regime drástico; quando recomenda, aí ele deve ser conferido pelos técnicos do DEIJ, ainda que não tenha sido criticado. Em suma, não se pode manter um processo reeducativo drástico por tão longo tempo (bem mais de um ano), quando se sabe do seu resultado positivo, já que nada há nos autos que demonstre o contrário. Nestas condições, pelo meu voto, DAVA PROVIMENTO ao recurso e ratificava o efeito ativo concedido inicialmente. (AGRAVO DE INSTRUMENTO TJ/SP Nº: 111.314-0/8-00)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. PARECER TÉCNICO OPINANDO PELA PROGRESSÃO DO MENOR PARA A LIBERDADE ASSISTIDA. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO MANTIDO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da legislação de regência, a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.
2. Assim sendo, tratando-se de representação pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de entorpecente, a qual não se enquadra em nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, caracteriza constrangimento ilegal a imposição da medida de internação.
3. A desconsideração do laudo técnico favorável à progressão para a medida de liberdade assistida deve estar fundamentada em elementos concretos, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida de internação.
4. Ordem concedida para anular a medida de internação, mantendo a de liberdade assistida, sem prejuízo de que outra mais adequada seja aplicada ao adolescente. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 54.956/SP – 2006/0036016-9)

E o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento deve ser considerado tanto na decisão como na implementação da medida, primando sempre pela integridade física e mental do adolescente, cabendo sempre adotar medida coerente com a condição de seu desenvolvimento.

4.5 A Ilegalidade da Sentença que Decreta Internação-Sanção sem a Prévia Oitiva do Adolescente.

O adolescente quando descumpre medida em meio aberto de forma reiterada e injustificada, pode receber, nos termos do art. 122, III, medida de internação por até três meses (art. 122, § 1º do ECA). Tal medida é conhecida como ‘internação-sanção’.

Na prática, esta medida é aplicada no curso dos procedimentos de execução de medida mais branda, no entanto, muitas vezes, não se dá a devida oportunidade (oitiva em juízo) de o adolescente se justificar sobre o descumprimento, convertendo de plano a medida em internação, violando drasticamente o teor da súmula Colendo Superior Tribunal que dispõe: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

Com relação a essa prática o STJ tem afirmado a indispensabilidade da prévia oitiva pessoal do adolescente antes de eventual decisão que lhe aplique medida privativa de liberdade.

HABEAS CORPUS – Imposição de medida de internação sanção por descumprimento de medida de semiliberdade, anteriormente imposta, sem o comparecimento da adolescente a audiência de justificação. Inadmissibilidade. Aplicação do art. 111, inciso V, do ECA. Não se pode aplicar internação sanção sem a oitiva do adolescente, dando-lhe o direito de justificar o não cumprimento de medida anteriormente imposta. O r. Decisório será anulado com respeito a aplicação da internação sanção. Entretanto, a busca e apreensão do jovem será mantida, para que seja conduzido a audiência de justificação, que em não sendo plausível, poderá acarretar a internação-sanção, no máximo por três meses. Ordem parcialmente concedida. (HABEAS CORPUS TJ/SP Nº: 128.095-0/6-00)

DECISÃO – sem constar acórdão, concedendo liminar ao writ: Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Flávio Américo Frassetto, Procurador do Estado de São Paulo, em favor do menor M. das S. V. de L, contra acórdão do Tribunal de Justiça que denegou o writ ali formulado. Consta do processado que foi aplicada ao paciente a medida internação-sanção pelo prazo de três meses, em razão do descumprimento de medida de semiliberdade anteriormente imposta pela prática de ato infracional equivalente ao crime previsto no art. 155, § 4º, II e IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal. Sustenta a impetração, em suma, que a aludida determinação violou a Súmula nº 265 desta Corte, bem como o princípio do devido processo legal, visto que tomada sem a prévia oitiva do paciente.

A liminar em habeas corpus não tem previsão legal, sendo criação da jurisprudência para casos em que a urgência, necessidade e relevância da medida se mostrem evidenciadas de forma indiscutível na própria impetração e nos elementos de prova que a acompanham.

Em certos casos, contudo, a necessidade de sua concessão se mostra evidente diante das circunstâncias da hipótese em exame, o que penso está a acontecer aqui em razão da orientação imprimida ao tema por esta Corte, segundo a qual "a oitiva do adolescente recapturado, para adverti-lo que novo descumprimento implicará em regressão para internação por prazo indeterminado, não supre a necessidade de sua oitiva, quando novamente descumpra a medida. Súmula 265 do STJ." (RHC nº 17.229/SP, Relator o Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJU 20/02/2006).

Pelo exposto, defiro o pedido de liminar para, sem prejuízo da busca e apreensão do paciente, que se encontra foragido, suspender a eficácia da decisão impugnada e determinar a sua oitiva, tão logo seja encontrado, com o restabelecimento subsequente da medida de semiliberdade, até o julgamento do presente writ. (HABEAS CORPUS Nº: 56.590-SP – 2006/0062715-4; MIN REL: PAULO GALLOTTI; DISTRITO FEDERAL, 24 DE OUTUBRO DE 2006 (LIMINAR EM 25/04/2006).

DECISÃO – sem constar acórdão, concedendo liminar ao writ:

O Dr. João Cesar Barbieri Bedran de Castro, Procurador do Estado de São Paulo, impetra habeas corpus, com pedido de liminar, em favor de D. F. J. de O., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça que denegou o writ ali deduzido. Colhe-se dos autos que foi aplicada ao paciente medida sócio-educativa de semiliberdade tendo em vista a prática de atos infracionais equiparados a tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo. Por ter descumprido, pela segunda vez, o referido o regime, decretou-se a internação-sanção pelo prazo de três meses, assim vazado o provimento: "O Juízo, na audiência realizada em 1/6/2004, depois de ouvir as declarações do adolescente, bem como colher as manifestações do Ministério Público e da defesa, houve por bem reconduzir D. F. J. de O. para a medida de semiliberdade que havia descumprido. Na oportunidade, constou expressamente, no termo de audiência, que D. assumiu o compromisso de cumprir regularmente a semiliberdade, sendo certo que estaria expressamente advertido que o descumprimento outra vez da medida, qualquer que seja o motivo, implicaria imediatamente a decretação de internação, por absoluta ineficácia da medida (fls. 25/26). Pois bem. O relatório da Febem recém juntado, datado de 7/6/2004, comunica que o adolescente resolveu descumprir a medida e, então, saiu do local, tomando rumo ignorado, mesmo alertado das conseqüências daquela decisão (fls. 34/35). Diante disso, atento ao que ficou decidido na referida audiência, considerando o descumprimento noticiado e que não houve retorno espontâneo, hei por bem, de plano, decretar a internação-sanção do rapaz, pelo prazo de três meses, nos termos do art. 122, III, do ECA. Expeça-se o mandado de busca e apreensão. E, quando apreendido, conduza-se para uma unidade adequada ao cumprimento da medida de internação-sanção. Decorrido tal prazo, o adolescente deverá ser reconduzido à unidade de semiliberdade adequada, a fim de dar cumprimento ao regime." (fl. 20)

Busca a impetração, inclusive liminarmente, que "se apreendido o adolescente em virtude do cumprimento do mandado de busca e apreensão, seja apresentado ao Juiz do Departamento de Execuções da Infância e da Juventude da Comarca da Capital, dando-lhe oportunidade de justificar o

descumprimento da semiliberdade, quando, então, o Ministério Público e a defesa se manifestarão, e o magistrado tomará a sua decisão".

Afirma, ainda, que "o Juiz deve fixar um prazo razoável para a elaboração de relatórios ou, caso mantenha o prazo em seu limite máximo, determinar que, cumprindo o adolescente o período de 3 meses em internação-sanção, seja a medida sócio-educativa extinta, e não que seja feita a recondução para a semiliberdade". A liminar em habeas corpus não tem previsão legal, sendo criação da jurisprudência para casos em que a urgência, necessidade e relevância da medida se mostrem evidenciadas de forma indiscutível na própria impetração e nos elementos de prova que a acompanham. Em certos casos, contudo, a necessidade de sua concessão se mostra evidente diante das circunstâncias da hipótese em exame, o que penso está a acontecer aqui em razão da orientação imprimida ao tema por esta Corte, segundo a qual "a aplicação da medida sócio-educativa de internação-sanção está sujeita às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, caracterizando-se constrangimento ilegal a sua decretação sem a audiência prévia do adolescente". (RHC nº 10.900/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 27/08/2001). Diante do exposto, defiro a liminar, tão-somente para que, mantida a expedição do mandado de busca e apreensão, suspender os efeitos da decisão que impôs a internação-sanção, sem prejuízo de seu eventual restabelecimento após a oitiva do paciente e a manifestação de sua defesa, até o julgamento definitivo do presente habeas corpus.

Dê-se ciência ao Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Departamento de Execuções da Infância e da Juventude da Capital, solicitando informações a este último. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 44.636/SP; MIN REL: PAULO GALLOTTI; DISTRITO FEDERAL, 20 DE JUNHO DE 2005.).

Assim, o adolescente deve ser sempre ouvido e advertido sobre as conseqüências do não cumprimento da medida, sendo que se mesmo devidamente intimado o seu não comparecimento em juízo, não enseja internação de plano, devendo ser remarcada outra audiência ou suspender o processo até ulterior provocação.

4.6 Impossibilidade de Internação-Sanção por Tempo Indeterminado

O descumprimento de medida, em sede de execução, enseja o que a doutrina denomina de internação-sanção. Essa modalidade, como já visto, está prevista no art. 122, III do estatuto. Ocorre que, por corolário aos princípios norteadores da internação, dentre eles o da brevidade, o estatuto disciplinou expressamente que o tempo da internação-sanção não poderá ser superior a 3 meses (art. 122, § 1º).

Na prática, verifica-se a inobservância desse preceito legislativo, pois, não raras vezes, os magistrados ministram medida de internação-sanção por tempo indeterminado, desrespeitando não só preceito legal, como também os princípios que regem a medida de internação.

Com relação a esse posicionamento o STJ vem se consolidando quanto à ilegalidade da decisão.

HABEAS CORPUS . ECA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA ANTERIORMENTE IMPOSTA. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A internação-sanção em decorrência de descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta tem o prazo máximo de três meses. Regra expressa do art. 122, § 1º, do ECA.

2. Impossibilidade de internação por prazo indeterminado, constrangimento ilegal configurado;

3. Ordem concedida. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 46.235/SP MIN REL: HÉLIO QUAGLIA BARBOSA; DISTRITO FEDERAL, 21 DE FEVEREIRO DE 2006.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXECUÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE.

I – A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes).

II – O prazo de internação, por descumprimento reiterado e injustificado de medida sócio-educativa anteriormente imposta, não pode exceder a três meses, a teor do § 1º do art. 122 do ECA (Precedentes).

Writ concedido. (HABEAS CORPUS STJ Nº 48.201/SP; MIN REL: FELIX FISCHER; DISTRITO FEDERAL, 02 DE FEVEREIRO DE 2006).

EMENTA. CRIMINAL. HC. ECA. SEMILIBERDADE. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRAACIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES OU DESCUMPRIMENTO REITERADO DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM CONCEDIDA.

I . Deve-se observar o caráter excepcional da medida de internação, não obstante a autorização dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a substituição de medidas sócio-educativas.

II. A internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, devendo ser sopesada a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável.

III.A simples alusão à avaliação feita por técnicos que concluíram pela fragilidade do respaldo familiar, imaturidade, crítica superficial e absoluta situação de risco, não é suficiente para motivar a privação total da liberdade, até mesmo pela excepcionalidade da medida extrema.

IV.Motivação que não se presta para fundamentar a medida de internação, pois não encontra guarida no art. 122 da Lei n.º 8.069/90.

V. O descumprimento por apenas uma vez da medida sócio-educativa de semiliberdade, ao ser praticado novo ato infracional, não basta para configurar “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta”.

VI. Afigura-se desproporcional a imposição da medida mais gravosa se não demonstrada a reiteração no cometimento de outras infrações graves Precedentes.

VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu internação por prazo indeterminado, a fim de que outra medida mais branda seja imposta ao paciente, se por outros motivos não se encontrar internado.

VIII . Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HABEAS CORPUS STJ Nº: 41.828/SP, MIN REL: GILSON DIPP; DISTRITO FEDERAL, 17 DE MAIO DE 2005).

Percebe-se que, de maneira sensível, o Tribunal vem se posicionando em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes, revertendo, na maioria das vezes, as decisões proferidas em primeira instância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curso da história, verifica-se que o tratamento dado à criança e ao adolescente sempre foi inadequado, caracterizado principalmente por abordagens assistencialistas e repressoras.

No Brasil, configuram-se três etapas distintas: num primeiro momento, predominou a total indiferença às questões pertinentes aos infantes, recebendo o mesmo tratamento dispensado aos adultos; a segunda etapa, iniciada no século XX, baseou-se na idéia de que menores em “situação irregular” deveriam ser institucionalizados e/ou retirados legalmente de suas famílias, caso estas não apresentassem condições econômicas para sua manutenção, sendo esse período responsável pela triste realidade da institucionalização (internação) em nosso país; e a terceira etapa, após 88, ratificada pela promulgação do ECA, que teve na cidadania seu elemento fundamental, elevando crianças e adolescentes à condição de sujeito de direitos, de indivíduos com características peculiares de desenvolvimento, que necessitam de proteção e defesa do Estado, da família e de toda a sociedade civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8069/90- reforçou e normatizou os princípios constitucionais, com base na doutrina de proteção integral, resgatando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Isto inaugurou uma nova era do atendimento à população infanto-juvenil, não apenas definindo direito, mas principalmente apontando os mecanismos necessários para a garantia do seu cumprimento. Não há dúvida de que o estatuto representa uma conquista, em prol dos direitos da criança e do adolescente, no entanto, de nada adianta sua existência, se não for devidamente respeitado, principalmente, pelos próprios responsáveis por seu cumprimento.

Decorridos 18 anos de vigência do ECA, percebe-se que há uma grande resistência dos operadores que ainda não se adequaram à prática do estatuto, aliado a falta de políticas públicas, ausência de Defensores, implementações práticas de medidas em meio aberto, faz com que a medida de internação prevaleça dentre todas, ofendendo todos os ditames do estatuto e desrespeitando as garantias fundamentais das pessoas em desenvolvimento.

Os Tribunais, ainda que de forma tímida, vem cumprindo exemplarmente sua missão de guardião das liberdades fundamentais dos cidadãos, tal como se destacou com os julgados proferidos em prol dos adolescentes.

É necessário que a sociedade, a família e o adolescente busquem a efetivação de seus direitos e lutem por uma defesa digna, com profissionais em números suficiente, com juízes

observando as garantias processuais, pois, somente quando se alcançar a compreensão de que a institucionalização traz a segregação e, que, portanto, deve ser aplicada somente em casos extremos, haverá maior possibilidade de realização da justiça.

Entende-se, que embora estejam dados os primeiros passos na busca da efetivação dos direitos da criança e do adolescente previsto na CF e no ECA, ainda resta um longo caminho a ser percorrido para atingir a plena eficácia social dessa lei.

Espera-se que as reflexões aqui apresentadas possam contribuir para a efetivação das garantias previstas em lei, principalmente no tocante à aplicação de medida de internação, de forma que a lei seja integralmente operacionalizada na prática.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **O massacre dos inocentes: a criança sem infância no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1993.

AMARAL e SILVA, Antônio Fernando. **O controle Judicial da Execução das medidas sócio-educativas** in Políticas Públicas e estratégias de atendimento sócio-educativa ao adolescente em conflito com a lei. Ministério da Justiça.; v.2 p.60 Brasília. DF. 1998

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e da outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 mar. 2007.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988

CARVALHO, Jéferson Moreira de Carvalho. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Manual Funcional. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAVALLIERI, Alyrio. **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHAVES, A. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

COSTA, A.C.G. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o trabalho infantil no Brasil: trajetória, situação atual e perspectivas**. São Paulo: LTr, 1994.

CURY, M. ; SILVA, A. F.A ; MENDEZ, E. G. (Coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2002

FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas sócio-educativas**. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/acervo.php>>. Acesso em: 29. mai. 2008.

FACHINETTO, Neidemar José. **Evolução Doutrinária dos Direitos da Criança e do Adolescente**. 2003. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/acervo.php>>. Acesso em: 05 fev. de 2008.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LIBERATI, Wilzon Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7ª ed. rev. ampl. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MARTINI, Ivana. **Estatuto da Criança e do Adolescente: uma cidadania jurídica?** 2001. 335 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista, Araraquara.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Comentário ao Código de Menores**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei nº 8.069/90**. 3º ed.rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIEZO, Barbosa. **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. São Paulo: Lexbook, 1999.

ROMERA, Mario. Uma regressão do (no) Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). **Revista Direito & Justiça**, v. 26, ano XXIV, 2002/2 p. 135.

SANTANA, Selma Pereira. A reparação, como terceira via, e o Direito Penal do Jovem Adulto. **Revista Ajufe**, nº 45, p.49, São Paulo, 1995.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral** – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIQUEIRA, Liborni. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Fernando e Nilmaro Miranda. ECA: 15 anos de conquistas e desafios, in **Revista Jurídica Consulex**. Ano IX, n. 209, 30 set. 2005, p. 37.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.