



Esta publicação é o produto do trabalho desenvolvido pelo grupo de advogados dos Centros de Defesa de Direitos de Crianças e Adolescentes (CEDECA's) filiados à Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente - ANCED. O trabalho sobre este tema foi desenvolvido ao longo do ano de 2003 e 2004 através de vários encontros de discussões e trocas de experiências potencializadas neste livro, e pretende servir de apoio e orientação ao trabalho de advogados que iniciam sua prática nesta área ou mesmo aos novos centros de defesa que desejam atuar nesta temática. Conhecedores profundos desta problemática, estes profissionais, vinculados a CEDECA's de diversas regiões do país, aceitaram o desafio de colocar no papel o aprendizado que obtiveram ao longo da trajetória de acompanhamento da Apuração do Ato infracional cometido por Adolescentes e das Medidas Sócio Educativas aplicadas. Juntos apresentam para o debate público este conjunto de saberes, como forma de contribuir para a história da Garantia de Defesa de Direitos de Crianças e Adolescentes deste país.

Apuração de ato infracional e execução de medida sócio-educativa:

considerações sobre a defesa técnica de adolescentes

Organizado por:

Flávio Frasseto
Procurador do Estado de São Paulo

Publicação:



Associação Nacional dos Centros de
Defesa da Criança e do Adolescente

**Apuração de ato infracional e
execução de medida sócio-educativa:
considerações sobre a defesa técnica
de adolescentes**

Organizado por
Flávio Frasseto –
Procurador do Estado de São Paulo

Apuração de ato infracional e execução de medida sócio-educativa: considerações sobre a defesa técnica de adolescentes

Publicação de:

ANCED – Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente
Rua Barão de Itapetininga, 255/1104 - 01042-001 – São Paulo - SP
www.anced.org.br

Organizado por:

Flávio Frasseto – Procurador do Estado de São Paulo

Textos

Ana Celina Bentes Hamoy

Advogada do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente - Emaús - Belém - Pará

André Luiz Hespanhol Tavares

Advogado da Organização de Direitos Humanos PROJETO LEGAL – Rio de Janeiro

Francisca de Assis Soares

Advogada do Centro de Defesa Ezequiel Ramim – São Paulo

Gisela Simona Viana de Souza

Advogada do Centro de Organização e Defesa do Estado do Mato Grosso

Maynara Lima

Advogada do Centro de Defesa Zumbi dos Palmares – Maceió – Alagoas

Patricia Kelly Campos de Sousa

Advogada do CEDECA Ceará – Fortaleza - Ceará

Paulo Rubens Bonsegno Carvalho

Advogado do Cedeca Alta Paulista - São José do Rio Preto/São Paulo

Pedro Roberto da Silva Pereira

Advogado do CDDCA - D. Luciano Mendes - Associação Beneficente São Martinho Rio de Janeiro - RJ

Raquel Bernard

Advogada do Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Mariano Cleber dos Santos – São Paulo – SP

Revisão

Nélio Schneider

Apoio

Kerk in Actie - Holanda

Impressão

Vallup Artes Gráficas Ltda

São Paulo, fevereiro de 2005.

SUMÁRIO

PARTE I

■ APRESENTAÇÃO _____	7
■ A FUNÇÃO POLÍTICA DOS CENTROS DE DEFESA _____	7
O papel articulador da Associação Nacional dos Centros de Defesa (ANCD)	9
■ APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL QUANDO PRATICADO POR CRIANÇA _____	12
1. O paradigma	12
2. O que fazer quando uma criança pratica um ato infracional?	14
3. Considerações finais	20
■ A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL: O ACESSO À JUSTIÇA, A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO _____	25
1. Notas de introdução	25
2. O acesso à Justiça	25
3. A garantia de devido processo legal ao adolescente acusado de praticar ato infracional	31
4. Considerações finais	46
■ O PAPEL DO ADVOGADO NA DEFESA TÉCNICA DO ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL _____	49
■ APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E O PAPEL DA POLÍCIA _____	63
1. Introdução	63
2. Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e os tratados internacionais de direitos humanos	64
3. Da especialização policial	66
4. Da apreensão do adolescente	66
Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente	68
5. Pressupostos a serem observados no momento da apreensão	69
6. Confissão na Delegacia	73

7. Conclusão	75
EXEMPLO DE <i>HABEAS CORPUS</i> CONTRA PERMANÊNCIA IRREGULAR DE ADOLESCENTE EM INSTITUIÇÃO PRISIONAL	79
■ A PRESENÇA DO ADVOGADO EM TODOS OS ATOS _____	84
■ A OITIVA INFORMAL E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA _____	91
1. Introdução	91
2. Oitiva informal e discricionariiedade	102
3. O respeito rigoroso à informalidade	104
4. Da presença do advogado a todos os atos	106
5. A obrigatoriedade da presença do defensor na oitiva informal como condição de validade do ato	109
■ SENTENÇA E RECURSOS NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRAACIONAL _____	114
1. Da Sentença	114
2. Sistema Recursal e Remédios Constitucionais	118
3. Juízo de Retratação	119
4. Nulidade de Sentença por falta de fundamentação	120
■ A APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA E DE PROTEÇÃO _____	124
1. Cumulatividade	124
2. Substituição entre as medidas sócio-educativas	126
3. Da execução das medidas sócio-educativas - considerações gerais	127
1. O descumprimento das medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA	128
2. Medida sócio-educativa x crime	131
■ AVALIAÇÕES TÉCNICAS E PROCESSO DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS _____	134
■ AÇÕES EM FACE DO ESTADO PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI _____	139
1. Direitos humanos de crianças e adolescentes.	139
2. A exigibilidade de direitos fundamentais de crianças e adolescentes	142
3. Defesa jurídico-social do adolescente em conflito com a lei	145

PARTE II - CD Room com Jurisprudência

PARTE I

APRESENTAÇÃO

A FUNÇÃO POLÍTICA DOS CENTROS DE DEFESA

Pedro Roberto da Silva Pereira

Advogado do Centro de Defesa D. Luciano Mendes – Rio de Janeiro

**Não basta o discurso declaratório,
nem o plano bem-intencionado,
mas é preciso a prática coerente.**

Pedro Demo

Os Centros de Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes (CEDECAs)¹ são Organizações Não Governamentais, instituídas no Brasil no bojo das lutas pela redemocratização do país, período de intensa movimentação social. Em que pese terem sido os anos oitenta considerados a “década perdida” em termos de desenvolvimento econômico no Brasil, eles foram altamente positivos tanto política como culturalmente.²

¹ Na década de 80, os Centros de Defesa denominavam-se Centro de Defesa dos Direitos do Menor; alguns nasceram antes mesmo da Constituição Federal da República de 1988.

² Maria da Glória GOHN, em seu livro *História dos movimentos e lutas sociais* (p. 113-129), ao mapear movimentos e lutas sociais no Brasil no século XX, refere-se a esses períodos como “Quinta fase” (As lutas pela redemocratização) e “Sexta fase” (A época da negociação e a era dos direitos).

No que se refere à defesa dos direitos infanto-juvenis, os CEDECAs iniciaram sua atuação sensibilizados pela deplorável condição sócio-jurídica de nossas crianças e adolescentes pobres, situação agravada pela vigência, entre nós, por quase um século, da doutrina da situação irregular.^{3,4,5}

É nesse contexto que os CEDECAs iniciam suas atuações, enfrentando desafios, como o de não contar com um suporte legal que legitimasse suas ações. Mesmo na adversidade, propuseram-se a atuar de forma insurgente, com o perfil da assistência judiciária diferenciado do que é próprio do Estado, fortalecendo o caráter político e social da luta pela defesa dos direitos de crianças e adolescentes.⁶

Esse movimento chegará ao final das décadas de 80 e 90 com um significativo saldo de conquistas e realizações em favor da infância e da juventude. Com a Constituição de 1988, a ratificação da Convenção dos Direitos da Criança e a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os CEDECAs adquirem atribuições legais, passando a integrar uma das linhas da Política de Atendimento (art. 87, V do ECA).

Esse novo status dos CEDECAs foi uma importante conquista do ponto de vista processual.

Os CEDECAs têm uma grande bagagem de experiências acumuladas nestes anos de história, sendo a presente publicação um esforço no sentido de sistematizar e propagar parte desse trabalho.

Vale lembrar aqui, a propósito, as reflexões de MARGARITA BOSCH sobre a natureza e intervenção dos CEDECAs. Marga, como é conhecida por nós, e outros companheiros, como Wanderlino Nogueira, têm sido importantes produtores de conhecimento e grandes entusiastas da causa da infância.

³ Vide comentário ao art. 206, Eugênio Raul ZAFFARONI, *in: Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo : Malheiros, 2001.

⁴ Felício PONTES Jr. (CDDH – Bento Rubião), O papel dos Centros de Defesa na garantia dos direitos infanto-juvenis, *in: Do avesso ao direito - III Seminário Latino-Americano*. Organização: SIMONETTI, Cecília, BLECHER, Margaret e MENDEZ, Emílio Garcia. Ed. UNICEF, Governo de São Paulo e Malheiros Editora, 1994, p. 217-226.

⁵ Nos processos relativos ao adolescente infrator, não existia a figura da defesa do “acusado”. O jovem em “situação irregular” era processado e entrava no circuito “penal” sem que aparecesse a figura do advogado. Um dos eixos do processo **menorista** era o não-reconhecimento do “menor” como pessoa, mas como alguém a ser **tutelado**. A ausência do defensor ou advogado demonstra a falta de garantias nos procedimentos judiciais anteriores ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Vera Malaguti BATISTA, *in: Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Coleção Pensamento Criminológico – Instituto Carioca de Criminologia. Freitas Bastos Editora, 1998. p. 61, 66 e 70.

⁶ Para Wanderlino Nogueira, os Centros de Defesa não são escritório de advocacia popular ou comunitária; nossa intervenção jurídica deve ter repercussão social. Centros de Defesa fazem a proteção jurídico-social dentro do Controle Social, porque esse é o nosso campo. Wanderlino Nogueira NETO. O papel e a natureza dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (palestra proferida no Seminário Nacional da ANCED – Dez – 1997). *Revista da ANCED*, ano 1, nº 1, março de 1998 – Criança e adolescente: construindo a proteção jurídico-social.

Eles pretendem ser, pela própria natureza da sua intervenção, um espaço público de intervenção que utiliza um instrumental jurídico junto a outros instrumentais sócio-políticos, como a mobilização social, a formação, a proposição de políticas públicas, a comunicação social, a direção político-cultural. Isto os diferencia de um escritório de advocacia que vai utilizar o instrumental jurídico sem uma pretensão de intervenção social ou política, embora toda intervenção jurídica carregue consigo em certa medida uma postura político-ideológica.⁷

1. O papel articulador da Associação Nacional dos Centros de Defesa (ANCED)⁸

Pedro Demo nos ensina que,

se partimos da idéia de que o **espaço de participação precisa ser conquistado**, centímetro por centímetro, o que ocorre muitas vezes é que não podemos andar a metro, mesmo porque todos os processos participativos profundos tendem a ser lentos.⁹

Essa tem sido a história dos CEDECAs, em suas lutas locais e nas suas articulações nacionais através do Fórum DCA¹⁰, MNDH¹¹, ABONG¹² e outras coalizões de direitos humanos em que estavam inseridos.

Mas havia a necessidade de constituir uma articulação com expressão nacional que nos diferenciasse das demais. Este foi o novo caminho, o da institucionalização da ANCED em 1994.

Passados dez anos da ANCED, os CEDECAs vêm, através de um processo de democracia integral, discutindo incansavelmente a sua natureza, o seu papel no sistema de garantia de direitos, num processo de auto-reconhecimento e valori-

⁷ Margarita Bosch GARCIA, O papel dos Centros de Defesa, in: *Sistema de Garantia de Direitos – Um caminho para proteção integral*. Centro Dom Hélder Câmara de Estudos e Ação Social – CENDHEC. Recife, 1999, p. 206.

⁸ Segundo seus estatutos, a ANCED tem a finalidade “de garantir a articulação nacional entre os Centros de Defesa com intervenção jurídica, política e social pela defesa, promoção dos direitos da criança e do adolescente, na forma do Art. 87, inciso VI da Lei 8.069/90”.

⁹ Pedro DEMO. *Participação é conquista: noções de política social participativa*. 5. ed. São Paulo : Cortez, 2001.

¹⁰ Fórum Nacional Permanente das Entidades Não Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Vide www.forumdca.org.br.

¹¹ Movimento Nacional dos Direitos Humanos. Vide www.mndh.org.br.

¹² Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais. Vide www.abong.org.br.

zação, inseridos no eixo da defesa, utilizando-se de situações emblemáticas, ou dos chamados casos exemplares, para efetivar direitos e disseminar sua prática.

Nos diversos trabalhos relevantes de repensar a ação do ponto de vista da natureza da intervenção jurídico-social, de delimitação do papel dos Centros de Defesa e definição de atribuições como ator do Sistema de Garantia de Direitos, contamos com a valiosa contribuição de Wanderlino Nogueira Neto¹³ e de Margarita Bosch Garcia na reflexão sobre a reestruturação e o fortalecimento da ANCED.¹⁴

A Associação Nacional dos Centros de Defesa de Direitos da Criança e do Adolescente – ANCED é uma associação civil sem fins lucrativos, criada em outubro de 1994, a partir de uma articulação em rede nacional existente entre os Centros de Defesa da Criança e do Adolescente, ocorrida inicialmente dentro do Fórum Nacional de Defesa de Direitos da Criança e do Adolescente (Fórum DCA).

A ANCED conta hoje com 33 Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECAs) filiados, localizados nas cinco regiões do país, em quatorze Estados da federação: Acre, Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia e São Paulo.¹⁵

A Coordenação da ANCED é formada por um colegiado composto por três Centros de Defesa.

A ANCED mantém encontros bianuais, sempre temáticos, durante os quais são debatidas igualmente as diversas experiências nos Estados da Federação, visando a construir uma unidade de ação, ao mesmo tempo em que são sustentadas teses de interesse geral para o movimento social da infância-adolescência.

Na assembléia realizada em novembro de 2002 na cidade do Rio de Janeiro, foram formados cinco grupos de trabalhos (GTs) sobre os diversos temas trabalhados pelos centros, a saber: impunidade, violência sexual, **ato infracional**, protagonismo juvenil, orçamento criança, trabalho infantil e capacitação do Sistema de Garantias de Direitos.

Os GTs têm o papel de sistematizar as ações que vêm sendo desempenhadas em cada centro naquele tema, potencializando suas atuações e a atuação da ANCED, criando iniciativas em nível nacional de proteção jurídico-social de crianças e adolescentes.

¹³ Wanderlino Nogueira NETO. *A proteção jurídico-social de crianças e adolescentes, enquanto garantia/defesa de direitos, como uma das atividades principais da ANCED, dentro do estrito campo de sua missão institucional*. São Paulo, outubro de 1999.

¹⁴ Vide tese de Margarita Bosch GARCIA. *A necessidade de institucionalização da ANCED*. São Paulo, outubro de 1999.

¹⁵ Os centros filiados contribuem financeiramente com uma anuidade de R\$ 400,00 para a ANCED. Na última Assembléia foram definidos os seguintes critérios de filiação: estar juridicamente constituído como Centro de Defesa, acompanhar a ANCED por um ano e assinar uma Carta de Princípios da ANCED.

Nesses termos, o Grupo de Trabalho sobre o tema “**ato infracional**”, com o prestigioso apoio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República dedicou o melhor de seus esforços para construir coletivamente a presente obra, que tem a marca do compromisso com a defesa dos direitos de crianças e adolescentes.

A presente obra reúne artigos produzidos por advogados e advogadas dos Centros de Defesa¹⁶, bem como uma seleção de jurisprudências, cujo viés é a defesa técnica do adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional.

Esta publicação tem como objetivo proporcionar a reflexão, o questionamento e a possibilidade de confrontar nossa própria prática, na tentativa de superar o ativismo e a repetição de certos procedimentos e, nesse sentido, a perda de perspectiva em relação ao sentido da nossa prática. Nessa medida, esta obra tem a pretensão de ser um bom instrumento para melhorar a intervenção.¹⁷

Cabe, ao final, agradecer a Flavio Américo Frasseto¹⁸ por sua competência e dedicação na organização dos textos, na seleção das jurisprudências e no assessoramento do Grupo de Trabalho.

¹⁶ CEDECAs: Emaús, D. Luciano Mendes (Ass. Ben. São Martinho), Ceará, Zumbi dos Palmares, Mato Grosso, Ezequiel Ramim, Mariano Kleber dos Santos, Alta Paulista, FCDH – Bento Rubião e ODH – Projeto Legal.

¹⁷ Sobre a importância da sistematização vide Oscar Jara HOLLIDAY. *Para sistematizar experiências*. João Pessoa : Editora Universitária – UFPB, 1996.

¹⁸ Procurador do Estado de Assistência Judiciária/São Paulo. Vencedor do prêmio Sócio-Educando (www.socioeducando.org.br) com a Pesquisa: *Ato infracional, medida sócio-educativa – a nova jurisprudência do STJ*.

APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL QUANDO PRATICADO POR CRIANÇA

Ana Celina Bentes Hamoy

Advogada do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente - Emaús

1. O paradigma

O tratamento dado à criança e ao adolescente pela norma estatutária (lei 8069/90) vem primeiro definir que a eles deve ser garantida proteção integral, como sujeitos de direitos e, portanto, cidadãos que passam a exigir atendimento especializado como pessoas em desenvolvimento que são.

A norma, ao regular os procedimentos para a garantia dos direitos de crianças e adolescentes que agem violando ou ameaçando direitos, como por exemplo os que praticam ato infracional¹, diferenciou o atendimento dispensado às crianças (pessoas até 12 anos incompletos), daquele a ser dado aos adolescentes (pessoas de 12 a 18 anos incompletos).

Às crianças, a lei 8069/90 reservou um atendimento protetivo, partindo do pressuposto de que estão em processo de desenvolvimento, absorvendo normas, valores e atitudes das pessoas adultas, além de estarem sob a quase completa dependência de seus responsáveis. Partindo desse pressuposto, exige a norma o empenho da sociedade, do Estado e da família para, com os instrumentos e sob os fundamentos da doutrina da proteção integral, garantir a observância de todos os direitos fundamentais das crianças e viabilizar seu desenvolvimento saudável em prol da cidadania plena.

Como bem nos diz Nogueira (2002, p. 6):

O novo paradigma está contido na doutrina da proteção integral, que se firma na concepção de um direito e de uma política dirigidos a cidadãos, “sujeitos de direitos” e que são vistos “como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento”, às vezes com “direitos ameaçados”. Um direito e uma política que buscam priorizar a satisfação das necessidades básicas, com “proteção integral” e como “garantia de direitos” de maneira “descentralizada e participativa”.

¹ Ato Infracional - Conceito Legal. Art. 103 (ECA): considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção.

Esses mesmos fundamentos já estão expressos na Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pelas Nações Unidas em 20 de novembro de 1959. Seu princípio II assim proclama:

a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, considera-se fundamental que se atenda ao interesse superior da criança.

E, como bem expressa a *Save The Children*², em sua publicação *Programação baseada nos direitos da criança* (2002)³, os

interesses superiores abrangem todas as decisões que afetem meninos e meninas. Em qualquer ação que envolva o tema criança, os interesses superiores da criança devem ser considerados prioritariamente, afi levadas em conta ações realizadas pelos Estados, por autoridades e por instituições privadas relevantes. Devem ser desenvolvidos procedimentos para assegurar que governos e partes envolvidas nas tomadas de decisão considerem os interesses superiores da criança antes de definir qualquer resolução que os afete.

Posto isto, deve-se considerar que, ao propor um tratamento diferenciado à criança que comete um ato infracional, o legislador estatutário levou em consideração três fundamentos básicos:

- I. A proteção integral, por ser pessoa em condição peculiar de desenvolvimento;
- II. A criança como sujeito de direitos;
- III. O interesse superior da criança.

Dessa forma, mostra-se descabida a discussão sobre se o ECA trata ou não a criança como responsável pela prática de um ato infracional. Como bem afirma Dallari (1986, p. 11), “é uma agressão à humanidade tratar qualquer criança como um ser

² SAVE THE CHILDREN é uma aliança internacional.

³ PROGRAMAÇÃO baseada nos direitos da criança : um manual para membros da Aliança Internacional *Save the Children*, 2002, p. 7.

inferior, como erro da natureza ou o produto de uma falha humana”. A criança, pois, como qualquer pessoa, deve ser informada sobre os erros de sua conduta, cabendo-se discutir simplesmente de que modo e com que instrumentos isto se dá.

2. O que fazer quando uma criança pratica um ato infracional?

Antes de mais nada, lembre-se que a lei 8069/90, ao dispor em seu título III sobre a prática de ato infracional, não exclui a criança da possibilidade de cometê-lo, ao contrário do que amiúde se costuma pensar. A norma estatutária apenas diferencia o tratamento legal dispensado à criança daquele dirigido ao adolescente. Confira-se o art. 105:

Art.105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101.

Entretanto, a já citada lei disciplina que, no caso da prática de ato infracional por parte do adolescente, cabe aplicar-lhe uma medida sócio-educativa, como bem preceitua o artigo 112.

Como se pode constatar, as medidas de proteção têm natureza exclusivamente protetiva e administrativa, caracterizando-se pela desjurisdicionalização, pois podem ser aplicadas pelo Conselho Tutelar; já as medidas sócio-educativas têm natureza sancionatória e se caracterizam pela jurisdicionalização, só podendo ser aplicadas pela autoridade competente (juiz), como bem determina o artigo 148 inciso I combinado com o artigo 112.

Considerando que a prática de ato infracional por criança tem relevância legal, resta então analisar por qual órgão e sob qual procedimento tal situação deve ser tratada.

Dentre as várias atribuições do Conselho Tutelar⁴ elencadas no art. 136 do ECA, está, no inciso I, a de “atender crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e **105**, aplicando as medidas previstas no artigo 101, I a VII”.

Assim, quando uma criança pratica um ato infracional (art. 105), jamais, em hipótese alguma, ela deverá ser conduzida à polícia. O encaminhamento deve ser feito ao Conselho Tutelar ou, caso ainda não tenha sido instalado, à autoridade judiciária, nos termos do art. 262 do ECA.

⁴ O Conselho Tutelar é órgão criado pela Lei 8069/90 para zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Chegando ao Conselho Tutelar a criança que praticou o ato infracional, cumpre aos conselheiros todo o cuidado para colocá-la a salvo de qualquer constrangimento, evitando sua exposição à imprensa, a curiosos e a possíveis agressores. Em seguida, é necessário verificar a situação em que vive a criança e como aconteceram os fatos, para o que alguns passos se mostram necessários:

I. Requisição de um relatório social sobre a criança e sua família

Alguns Conselhos possuem equipe técnica composta por assistentes sociais e outros técnicos, facilitando uma ação imediata. Em outros casos, o conselheiro tutelar atua utilizando a retaguarda dos órgãos municipais, tornando necessária a requisição de serviços, o que pode ocasionar alguma demora. Nesta hipótese, os conselheiros devem estar atentos para resguardar a integridade física e psicológica da criança, como também para zelar pela observância de outros direitos fundamentais como, por exemplo, saúde e educação, o que pode e deve ser providenciado imediatamente, mesmo antes da vinda do estudo social.

II. Analisar o estudo social para aplicação de todas as medidas protetivas necessárias

É importante dizer que o Conselho não é formado por um único conselheiro, mas por cinco, e que os procedimentos de tomada de decisão pelo colegiado devem estar previstos em seu Regimento Interno. Assim, decisões isoladas de um único conselheiro também ferem ou tem grande potencial de ferir os direitos de crianças. Não se pode admitir que o Conselho, órgão com atribuições técnicas, delibere – como já tivemos oportunidade de constatar na prática – com base em juízos de senso comum, em avaliações subjetivas carregadas de valores equivocados do tipo “esta criança é boazinha”, ou “aquela é má”. É inaceitável, outrossim, afirmar-se que uma criança possui transtornos mentais sem que ela previamente tenha sido examinada por especialista com competência técnica para dizê-lo.

É importante, em todo o procedimento do Conselho Tutelar, não esquecer que a criança é sujeito de direitos, servindo a apuração do ato infracional de pretexto para identificar todas as suas demandas e, assim, viabilizar a aplicação de tantas medidas protetivas quantas forem necessárias para atendê-las.

Ao analisar o relatório social, o Conselho Tutelar deve estar atento para a situação familiar da criança, verificar se existe relato de violência doméstica,

alcoolismo, drogadição e, em caso positivo, aplicar aos pais ou responsáveis as medidas pertinentes estabelecidas no artigo 129 do Estatuto.

Deve-se compreender que a convivência familiar e comunitária são direitos fundamentais da criança descritos no capítulo III do Título II do Estatuto, cabendo ao Conselho Tutelar zelar por sua observância. Assim, detectado qualquer conflito intrafamiliar que envolva a criança, as medidas aplicadas pelo Conselho devem sempre buscar a normalização ou a restauração da convivência e do respeito à criança dentro da família (art. 100).

A medida protetiva de colocação em abrigo (art. 101, VII) deve ser a última alternativa de proteção à criança. Assim, a simples prática de um ato infracional não justifica o abrigamento da criança. Alguns conselheiros, pouco atentos, chegam a confundir a medida protetiva de abrigo em entidade com a medida sócio-educativa de internação, destinada ao adolescente autor de ato infracional e aplicada pelo juiz. A medida de abrigo, contudo, é provisória, excepcional e não implica privação de liberdade (art. 101, parágrafo único, do ECA).

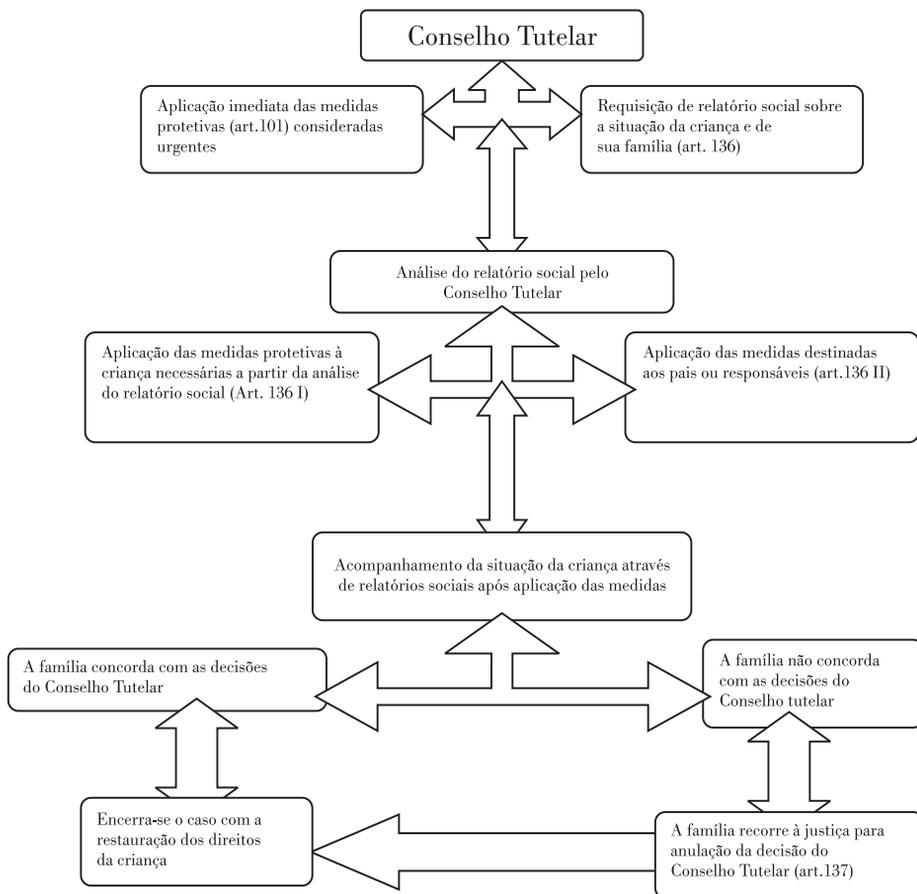
Enfim, o Conselho Tutelar, ao analisar o sumário social, deve verificar:

- a) Os direitos violados da criança;
- b) A situação familiar;
- c) Os fatos que envolveram a prática do ato infracional.

Feito isso, deve aplicar as medidas protetivas (art. 101) e as medidas pertinentes aos pais e responsáveis (art. 129), tudo para que a criança saia da situação de violação de direitos em que eventualmente se encontre por omissão do Estado, da família ou em razão de sua própria conduta (art. 98).

O que se recomenda é que o Conselho procure, sempre que possível, utilizar os recursos da comunidade no acompanhamento da situação da criança após a aplicação das medidas. A simples aplicação de medidas protetivas não garante a plena observância dos direitos da criança. O Conselho Tutelar deve acompanhar o andamento das medidas aplicadas, solicitando informações aos respectivos técnicos ou órgãos que acompanham a família. O atendimento somente cessa quando a criança sair da situação de violação de direitos, sem o que o órgão não terá se desincumbido de sua tarefa. Dessa forma, sugere-se o seguinte fluxo para a apuração do ato infracional praticado por criança:

Fluxograma para apuração de ato infracional praticado por criança.



Não cabe lavrar boletim ou registro de ocorrência com autoria conhecida de ato infracional praticado por criança junto à autoridade policial. Não pode ser outra a conclusão retirada de cuidadosa análise do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Processo Penal.

Observe-se que o art. 172 do ECA estabelece o encaminhamento à autoridade policial competente do *adolescente* apreendido em flagrante de ato infracional. Quando quis ditar regras para crianças e adolescentes, a lei sempre mencionou as duas categorias, não sendo lícito, assim, estender norma de tal dispositivo também para as crianças. Toda essa seção procedimental em que o concurso policial vem disciplinado refere-se à apuração de ato infracional atribuído a *adolescente*. Logo, é patente a intenção do legislador de excluir a criança do circuito policial.

Em contrapartida, não cabe registrar a ocorrência em razão da absoluta inutilidade do ato. Se a criança não será punida por nenhuma infração, se ela não responderá a um processo, por que então fazer a ocorrência policial? O objetivo da ocorrência policial é impulsionar um inquérito para subsidiar uma possível ação penal. Assim prescreve o artigo 5º § 3º do CPP:

Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito policial.

Se o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece ser competência do Conselho Tutelar a apuração do ato infracional praticado por criança (art. 136, I), para quê serviria a lavratura de ocorrência policial? Ademais, sua apresentação à repartição policial, ou a mera inclusão de seu nome em um boletim de ocorrência, implicaria evidente constrangimento e estigmatização, tudo o que a lei pretende evitar. Tampouco se pode alegar a eventual necessidade do registro para fins de estatística, posto que dados a esse respeito podem advir facilmente dos Conselhos Tutelares.

Nesse sentido, também os tribunais já decidiram, como se pode ler:

“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 ‘intimada’ 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 este último é que prevê ‘garantias processuais’ (art. 110). Para a criança, só fala em ‘medidas de proteção’ (art. 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).

Entende-se que o roteiro de atendimento de casos desse tipo pelo Conselho Tutelar não assume o caráter de um procedimento apuratório-punitivo. Assim fosse, o Estatuto não teria estabelecido diferenças entre o tratamento dado a crianças e ao dado a adolescentes quando da prática de um ato infracional. Não há, para as primeiras, que se falar em processo, mas em roteiro prático de apuração, até porque elas não sofrerão nenhum tipo de sanção, mas tão somente serão alvo de medida de proteção. Quando os interessados não concordarem com as decisões do Conselho Tutelar, facultado lhes é recorrer à Justiça para revisão do caso, como disciplina o art. 137 do ECA.

No curso da apuração do caso, deve o Conselho comunicar à autoridade policial notícia que revele indícios de envolvimento de adultos na prática infracional.

Alguns doutrinadores¹ apontam a necessidade de observância do devido processo legal na apuração de ato infracional praticado por criança. Tal entendimento, a nosso ver, não se justifica. A criança não está sendo acusada de nada e a ela não será aplicada qualquer sanção. Se o Conselho Tutelar praticar alguma arbitrariedade ou ilegalidade, sua decisão poderá ser revista pelo Poder Judiciário,

¹ Ver Alexandre de MORAES. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo : Atlas, p. 257.

habilitado a reformar ou anular a deliberação colegiada. Entretanto, deve o Conselho Tutelar agir dentro dos limites da lei, não abusando de sua autoridade e respeitando os princípios da legalidade, moralidade, enfim, todos os que regem o direito administrativo.

Jefferson Moreira de Carvalho² ensina que

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.

3. Considerações finais

O Estatuto da Criança e do Adolescente criou o Conselho Tutelar para que este órgão zelasse pelos direitos de crianças e adolescentes, subtraindo-lhe qualquer função repressora.

Assim, o Conselho deve ser sempre um aliado do respeito à criança, não podendo desempenhar papel incompatível com a proteção integral à criança e ao adolescente.

O atendimento prestado pelo Conselho deve sempre levar em consideração que a criança precisa de proteção e não de repressão, pois, como bem afirma Dallari (2002, p. 9), “o respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos”. O respeito à dignidade da criança, acresça-se, faz parte de ser hoje sujeito de direitos. Nem o pior dos crimes justifica atingir a dignidade de quem quer que seja.

Enfim, qualquer que seja a conduta da criança, todos os esforços devem ser feitos para que ela acesse seus direitos e seja protegida como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

² Jefferson Moreira CARVALHO. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Manual funcional*. 2. ed. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000, p.5-6.

ANEXO

Modelo de petição, requerendo a autoridade judiciária revisão de medida aplicada por Conselho Tutelar.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude

Maria brasileira, casada, funcionária pública, com CI. 23222 e CIC nº12222222, domiciliada em Belém do Pará na rua das flores nº 04, genitora de Ana Maria (doc. 1 - certidão de nascimento), vem por seu procurador infra-assinado (doc. 2 - procuração) diante de V.Ex.a com fulcro no artigo 137 da lei nº8069/90, propor Ação de Revisão de Decisão do Conselho Tutelar de Belém com endereço a rua das dores nº 07 nesta capital, de acordo com os fatos e motivos jurídicos expostos.

Dos fatos:

No dia 10 de agosto de 2004, Ana Maria, com 08 anos de idade saiu de casa para ir à escola; em determinado momento, encontrou uma colega que a convidou para ir ao *shopping* e Ana aceitou o convite. Chegando ao *shopping*, Ana Maria entrou em uma loja e, após provar várias roupas, colocou em sua bolsa uma das peças e quando saía da loja foi flagrada pela segurança que a conduziu até o Conselho Tutelar.

O Conselho Tutelar, após localizar seus pais e fazer a entrega da criança, requereu da equipe técnica um relatório social e, após a análise deste, concluiu pela aplicação da medida protetiva de abrigamento da criança sob a alegação de que o furto cometido por ela era grave e que a família era pobre, portanto, a criança deveria ir para um abrigo público para ser reeducada.

Como pode ver, Excelência, atitude bastante equivocada do Conselho Tutelar e com verdadeira afronta às normas estatutárias, como veremos.

Do direito:

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) tem como doutrina norteadora a proteção integral de crianças e adolescentes, em que o princípio da convivência familiar e comunitária é um dos seus corolários, como bem se pode ver no artigo 19:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada à convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

E mais ainda, Excelência, ensina o artigo 23:

A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou suspensão do pátrio poder.
Parágrafo único: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programa de auxílio. [grifo nosso]

Ora, Excelência, é bastante visível o equívoco legal cometido pelo Conselho Tutelar. Como pode o órgão responsável pelo zelo dos direitos de crianças e adolescentes ser tão negligente e cometer tamanha arbitrariedade, retirando uma criança de seio de sua família, fazendo com esta passe pelo desespero de se ver em local longe de sua família, de sua proteção original?

Quanto à medida protetiva de abrigo (artigo 101 inciso VII), a lei 8069/90 não deixa qualquer dúvida quanto a sua aplicação. O artigo 101 parágrafo único assim determina:

O abrigo é medida provisória e excepcional [grifo nosso], utilizável como forma de transição para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Como se já não bastassem tais ensinamentos, o artigo 92, em seu inciso II, ainda disciplina que o abrigamento serve para “integração familiar em família substituta quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem [grifo nosso]”.

Há de se ressaltar que o novo paradigma que orienta a prevenção e proteção de crianças e adolescentes no Brasil é todo orientado pelo respeito que se deve ter para com a manutenção dos vínculos familiares e como sujeitos de direito que hoje são.

Nos diz Wilson Donizetti Liberati, em sua obra *Adolescente e Ato infracional* (p. 43), que “a recém adotada ideologia da proteção integral - fundamento do Estatuto da Criança e do Adolescente - está assentada no princípio de

que todas as crianças e todos os adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e se sujeitam a obrigações compatíveis com a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.” Logo, a aplicação da medida de abrigo é desproporcional, pois afasta a criança de sua família e não é medida adequada para a situação vivida pela mesma.

Do pedido:

Diante do exposto, para que a abusividade do Conselho Tutelar não prevaleça e seja restaurado o direito da criança prejudicada, requer-se que V. Ex.a, após ouvido o Ministério Público, reveja a decisão do Conselho Tutelar, determinando a anulação da aplicação da medida protetiva de abrigamento e o retorno da criança ao lar.

Requer-se ainda que V.Ex.a determine que o Conselho Tutelar responda aos termos da presente ação como também junte aos autos os documentos que subsidiaram a apuração do ato infracional praticado pela criança já identificada.

Tudo restará provado pelos meios de prova admitidos, cuja a produção se requer desde já.

Nestes termos, pede deferimento.

Belém/PA

Advogado

Bibliografia consultada:

- CARVALHO, Jéferson Moreira de Carvalho. *Estatuto da Criança e do Adolescente : manual funcional*. 2. ed. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, KORCZAK, Janus. *O direito da criança ao respeito*. 2. ed. São Paulo : Sumus, 1986.
- _____. *Direitos humanos e cidadania*. 7. ed. São Paulo : Moderna, 2002.
- FILHO, Nazir David, MILANO, Rodolfo César. *Da apuração de ato infracional e a responsabilidade da criança e do adolescente*. São Paulo : Leud, 1999.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional : medida sócio-educativa é pena?*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais : doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Atlas. 5. ed. 2003.
- NETO, Wanderlino Nogueira (Org.). *Ciranda dos direitos : Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ceará. Fortaleza, 2002.
- PROGRAMAÇÃO baseada nos direitos da criança. Save The Children : Recife, 2002.
- PARÂMETROS para criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). 2ª tiragem, Brasília, 2002.

A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL: O ACESSO À JUSTIÇA, A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO

Ana Celina Bentes Hamoy

Advogada do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente - Emaús

1. Notas de introdução

As sociedades contemporâneas não mais permitem que os litígios sejam resolvidos com disputas entre indivíduos, tal como no mundo antigo, quando uma pessoa, ao violar o direito de outra, podia receber como resposta a mesma força imposta na violação cometida.

Na atualidade, o Estado assume o protagonismo na solução dos conflitos, tendo construído a estrutura judiciária para responder aos conflitos demandados e se comprometido a garantir assistência àqueles cidadãos que, pela situação econômica, não têm condições de acessar os serviços da Justiça quando dela necessitam.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, vários “princípios-garantias” - termo consagrado por Canotilho – tais como, o acesso à Justiça, o devido processo legal aos litigantes e a ampla defesa aos acusados.

A intenção do presente trabalho é estimular a reflexão sobre referidas garantias, a partir do enfoque do adolescente acusado da prática de ato infracional, reportando-se à disciplina do tema encontrada na lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e em outros diplomas legais pertinentes. A pretensão é incentivar os operadores do Direito a adotarem um posicionamento de intransigente defesa dos direitos desses adolescentes, não permitindo que o antigo Código de Menores ainda prevaleça contrariando a normativa nacional e internacional.

2. O acesso à Justiça

Antes de abordar o devido processo legal, teceremos comentários sobre o acesso à Justiça, pois, sem este, aquele não pode ser concretizado.

O acesso à Justiça é um dos temas constitucionais que mais clarifica as relações de desigualdade existentes entre as pessoas, ou mesmo, como diz

Boaventura de Souza Santos¹, “o tema do acesso à Justiça é o que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica”.

A Constituição Brasileira, como já foi dito, estabelece garantias para que todos tenham acesso ao direito de ação. Isto decorre sobretudo do princípio da isonomia e do estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como bem afirma Araújo de Assis², “o Estado avocou o poder de resolver os conflitos de interesse inerentes à vida social e correlatamente, adquiriu o dever de prestar serviço público, que é a jurisdição”.

É óbvio, portanto, que a norma magna não poderia deixar de estabelecer garantias de acesso à Justiça àqueles que não dispõem do suporte econômico necessário para o confronto judicial. Por tal motivo editou o inciso LXXIV do artigo 5º. Este dispositivo é bem mais amplo do que aquele que vigia na Constituição anterior (artigo 153), o qual autorizava a lei infraconstitucional a exigir o prévio esgotamento da via administrativa para que o direito de ação fosse exercitado.

A Carta Magna de 1988 garante assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Nota-se que a garantia não é de simples assistência judiciária, mas sim de toda a orientação jurídica extrajudicial e judicial que necessitem aqueles que, segundo a norma, provarem não possuir recursos para tal fim sem com isso afetarem o sustento próprio e de seus dependentes.

Nesse sentido, nos esclarece Maurício Antônio Ribeiro Lopes³:

parece óbvio que o termo assistência jurídica integral revela maior amplitude do que meramente a designação clássica assistência judiciária, que revela apenas um dos momentos da assistência jurídica integral, precisamente aquele que se desenvolve dentro das estreitas margens das ações judiciais.

Neste ponto, surge a seguinte pergunta: se o acesso à Justiça gratuita exige a comprovação de insuficiência de recursos, como fazer esta comprovação?

A definição e forma de comprovação da condição de necessitado tem gera-

¹ Boaventura de Souza SANTOS. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. in: José Eduardo FARIA (Org.). *Direito e justiça : a função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1989, p. 45.

² Araújo de ASSIS. Garantia de acesso à Justiça e benefício da gratuidade, in: José Rogério CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do Processo Civil*. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 9.

³ Maurício Antônio Ribeiro LOPES. Garantia de acesso à Justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional., in: José Rogério CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do Processo Civil*. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 48.

do muita polêmica. Já se ultrapassou a fase da exigência do “título de pobre”, que mais servia para a discriminação do que para garantir acesso a qualquer direito que fosse. Permanecem, contudo, algumas questões, fazendo-se necessária uma rápida análise do que estabelece a garantia de assistência jurídica integral com referência à comprovação da situação de “necessitado”, “pobre” ou, como querem alguns, “desprovido de recursos”.

A lei 1060/50 disciplina, em seu artigo 4º, a prova de necessidade para o acesso ao benefício da gratuidade:

A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária *mediante simples afirmação, na própria petição inicial*, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogados sem prejuízo próprio e de sua família (Redação dada pela lei 7510/86) [grifo nosso].

Depreende-se desse dispositivo e da análise dos princípios e garantias fundamentais da pessoa humana que não mais se faz necessário o **atestado de pobreza** para que cidadãos e cidadãs acessem a gratuidade da justiça.

Diante de tal fato, como fica a exigência constitucional de comprovação de insuficiência de recursos?

Segundo Araquém de Assis⁴, a “disciplina da lei 1060/50 se distingue da assistência judiciária integral, prestada por órgão do Estado e prevista no artigo 5º LXXIV da CF/88. O benefício da gratuidade é mais restrito do que da assistência jurídica integral”.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 38.124-0-RS 20/10/95, realizando o controle de constitucionalidade difuso, também já decidiu que a simples declaração da parte de não possuir recursos para arcar com as despesas do processo é suficiente para a concessão do benefício da gratuidade. Conforme a decisão:

a simples declaração firmada pela parte que requer o benefício da assistência judiciária, dizendo-se pobre nos termos da lei, desprovida de recursos para arcar com as despesas do processo e com o pagamento de honorários de advogados, na medida em que dotada de presunção IURIS TANTUM de veracidade é suficiente à concessão do benefício legal.

⁴ Araquém ASSIS, *op. cit.*, p. 22.

Dessa forma, não mais cabe contestar o acesso ao benefício pelo simples argumento de que a necessidade não está devidamente comprovada com a mera declaração de falta de recursos para arcar com as despesas do processo.

2.1. O acesso à Justiça do adolescente acusado da prática de ato infracional

A história mostra que a simples previsão legal de um direito não é garantia real de acesso efetivo a ele, principalmente quando quem busca esse direito são minorias excluídas pelo sistema social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei reconhecidamente garantista, na qual o acesso à Justiça (art. 141), o devido processo legal (art. 110), a defesa técnica por advogado (art. 111, III), a assistência judiciária gratuita (art. 111, IV) estão expressamente consagrados em favor daqueles a quem se atribui a prática de ato infracional. A não-observância de qualquer uma destas garantias leva à nulidade do procedimento apuratório.

Nesse sentido, poder-se-ia então dizer que a esses adolescentes está de tal forma garantido o acesso à Justiça que seria ocioso debater o assunto? Ora, a realidade nos aponta, como já afirmamos, que a consagração legal de um direito não é garantia necessária de sua efetividade e observância.

Ilustra tal afirmação estudo da Associação Nacional dos Centros de Defesa (ANCED), em parceria com o então Departamento da Criança e do Adolescente do Ministério da Justiça⁵, apontando que a garantia do devido processo legal aos adolescentes acusados de prática de ato infracional ainda é um território permeado de ilegalidades, incompreensões e deformidades jurídicas. A falta de defesa técnica é constante e a simples presença de um advogado acompanhando a instrução não tem se mostrado garantia real de defesa.

No estudo referido - que não teve pretensões científicas, senão apenas verificar como estavam sendo observadas as garantias no procedimento de apuração de ato infracional da lei 8069/90 - foram analisados 44 processos já sentenciados na comarca de Belém-Pará. Em 90% dos casos, o advogado não apresentou defesa prévia e, em 65,94% deles, a defesa concordava com os termos da acusação (Ministério Público). Os adolescentes, em 60% dos casos, confirmaram estar insatisfeitos com sua defesa e 46,6% nem mesmo sabiam que estavam sendo defendidos.

Ora, desnecessário dizer mais para se constatar que esse grupo de adolescentes foi à Justiça sem que tivesse, entretanto, nem assistência judiciária nem

⁵ Eliana Augusta de Carvalho ATHAYDE *et al.* *Somos todos infratores: família, sociedade e Estado*. Fortaleza : ANCED, 2000.

defesa técnica, submetendo-se quase que a um procedimento inquisitorial.

Dois fatores contribuem fortemente para tais ilegalidades: (1) a insuficiência do serviço público estatal para atender com qualidade as demandas e proporcionar assistência satisfatória a esses adolescentes e (2) os resquícios do Código de Menores ainda arraigados em alguns operadores do direito.

Inicialmente, teceremos comentários sobre a insuficiência dos serviços do sistema estatal para garantir, com eficiência, o acesso à Justiça.

A Constituição de 1988, em seu artigo 133, prescreve que “o advogado é essencial à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” e ainda o artigo 134 dita que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do artigo 5º LXXIV da CF”. Percebe-se, com os dispositivos, que o acesso à assistência judiciária integral demanda a existência de advogados, disponibilizados pelo Estado, àqueles que não possuem suporte econômico para custear os serviços privados. Bem ensina Boaventura de Souza Santos⁶ que

estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da Justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas não apenas os fatores sociais e econômicos, mas também, fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar relacionados com desigualdades econômicas.

A necessidade de defensores públicos disponíveis tem sido um dos obstáculos para o acesso à Justiça por parte da maioria dos adolescentes acusados de praticar ato infracional. Ou seja, o problema não é a simples falta de um advogado, mas a falta de sua disponibilização pelo Estado. As pesquisas têm mostrado que a maioria da população que cumpre medida de internação é composta de adolescentes com pouco acesso à educação e provenientes de famílias com baixa renda, incapazes de custear advogados para a defesa de seus filhos na Justiça. Isto demonstra a grande necessidade de que o Estado esteja preparado para cumprir os preceitos constitucionais de garantia de assistência jurídica. Entretanto, tem-se constatado a insuficiência e, em alguns casos, a total inexistência de defensores públicos em municípios e até em alguns Estados brasileiros.

⁶ Boaventura de Souza SANTOS, *op. cit.*, p. 48.

Muitas vezes já tivemos a oportunidade de testemunhar a verdadeira “arte” de alguns defensores, que têm mais de uma audiência no mesmo horário, vários prazos processuais vencendo no mesmo dia e inúmeros adolescentes buscando orientação. É desumano e inaceitável o Estado ainda “brincar” de proporcionar assistência judiciária dessa forma. É óbvio que sem condições estruturais fica impossível para um defensor promover uma defesa técnica de qualidade. Muitas das vezes a única oportunidade que ele tem de contato com o adolescente é em audiência. Como compreender e preparar uma boa defesa nessas condições? Que provas pode apresentar em favor do adolescente? Como deve se sentir um advogado nessas condições?

Não é fácil entender a falta de investimento estatal para prover infra-estrutura ao principal mecanismo de acesso à Justiça pelos excluídos incapazes de custear a contratação de advogados. Nas capitais ainda é possível identificar uma estrutura mínima. A realidade dos municípios do interior é bem mais grave. Não é difícil encontrar municípios brasileiros onde não existe defensor público ou onde o defensor que existe atua em várias comarcas.

A necessidade de investimento em recursos humanos, de valorização dos advogados que atuam como defensores públicos, de garantia de condições humanas de trabalho e o entendimento de que o acesso à Justiça é um direito fundamental, que a ninguém pode ser negado, precisam ser compreendidos urgentemente pelo Estado. O tratamento não prioritário dessas questões torna o Estado omissivo e irresponsável, diante do que organizações de defesa dos direitos humanos devem recorrer à Justiça para responsabilizar os gestores inadimplentes com assuntos ligados aos direitos humanos.

O segundo obstáculo apontado ao pleno acesso dos adolescentes à Justiça decorre de resquícios do Código de Menores ainda arraigados em alguns operadores do Direito.

Freqüentemente encontramos sentenças em que o juiz, sob pretexto de que seria “para o bem do adolescente”, ordena seu recolhimento sob internação provisória. Frutifica ainda na Justiça da Infância a surrada alegação de que tudo se faz em nome do bem do próprio jovem. Com isso, justifica-se uma série de ilegalidades, traduzidas reiteradamente em decisões sem fundamento legal consistente. Isto nada mais é do que a reprodução da já ultrapassada filosofia do Código de Menores, conforme nos lembra o Desembargador Amaral⁷:

⁷ Antônio Fernando AMARAL E SILVA. O controle judicial da execução das medidas sócio-educativas, in: *Políticas públicas e estratégias de atendimento sócio-educativo ao adolescente em conflito com a lei*. Ministério da Justiça. Coleção Garantia de Direitos, série subsídios, Brasília, v. 2, p. 60, 1998.

promotores, advogados, técnicos e juízes persistem no viés da “tutela”, da “proteção”, do “melhor interesse”, sem atentar para as novidades das garantias constitucionais e processuais. São ignorados os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da medida bem como a desmistificação do “sistema protetivo”.

Somente quando mais operadores do Direito reagirem à falta ou deficiência de defesa técnica, e não mais tolerarem advogados com função meramente figurativa no processo; somente quando houver mais juízes reagindo diante da negação das garantias processuais dos adolescentes; somente quando se alcançar a compreensão de que o acesso à Justiça não decorre simplesmente da presença formal de um defensor no caso, mas deve ser buscado através da utilização de todos os instrumentos de garantia; somente aí, enfim, haverá uma maior possibilidade de realização da justiça.

3. A garantia de devido processo legal ao adolescente acusado de praticar ato infracional

O devido processo legal é, como já foi dito, garantia constitucional também consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Apesar de já haver vários estudos sobre o tema, nunca é demais voltar a ele, tal como faremos aqui para, com auxílio de decisões judiciais, enfatizar a imprescindibilidade de sua observância sempre que alguém esteja sendo acusado da prática de uma infração.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, preceitua:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. Ninguém será condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidas não tinham sido delituosas segundo o direito nacional ou internacional. Tampouco imposta penalidade mais grave do que aplicável no momento em que foi cometido o delito.

Este preceito - fundamento básico da garantia do devido processo legal incorporado pela Carta Magna - afirma primeiramente que ninguém será considerado culpado sem prévia condenação judicial transitada em julgado. A presunção de inocência empresta razão de ser para a garantia de defesa compreendida no devido processo legal.

Gilson Bonato, citando Wambier, define o devido processo legal como

o direito, atribuído ao cidadão do Estado, de buscar abrigo para as questões relativas aos conflitos de interesses em que esteja envolvido, numa esfera de poder estatal - o Judiciário - utilizando-se, para tanto, de mecanismos previamente definidos na lei.⁸

Já Alexandre de Moraes⁹ diz que

o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito 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, à produção de ampla provas, a ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal é, então, direito fundamental sem cuja observância os acusados de cometerem infração não poderão sofrer nenhum tipo de punição. Em outras palavras, é condição essencial de aplicação de qualquer penalidade que ela decorra de um processo no qual a plenitude da defesa e o contraditório sejam respeitados.

O caso do adolescente acusado de praticar ato infracional não pode ser diferente. O devido processo legal é uma das garantias contidas na lei estatutária, apesar de graves violações ainda se verificarem na prática cotidiana.

Os tribunais, entretanto, não raramente têm repudiado decisões que contrariam preceito tão importante no âmbito dos direitos humanos.

⁸ Gilson BONATO. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003, p. 26.

⁹ Alexandre MORAES. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo :Atlas, 2001. p. 117.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já estabeleceu que “os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório são garantias constitucionais destinadas a todo os litigantes, inclusive nos procedimentos administrativos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (STJ 6ª turma – Resp. nº19.710-0/RS rel. Min. Adhemar Maciel – Ementários STJ 10/674)¹⁰. E o Supremo Tribunal Federal reafirmou que o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimentos administrativos, inclusive nos militares (STF 2ª Turma - agravo regimental em Agravo de Instrumento nº142.847/SP - rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça Seção I, 5 de fevereiro de 1993, p. 849).¹¹

Sendo a ampla defesa e o contraditório corolários do devido processo legal, trataremos a seguir desses dois institutos.

Segundo Alexandre de Moraes, entende-se por ampla defesa

o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilite trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.¹²

O grande doutrinador reforça o que já se afirmou desde o início deste trabalho: defesa não é a simples presença de advogado, mas sua atuação de forma a levar ao processo todos os informes necessários à defesa do acusado. A não-apresentação de defesa prévia implica negligenciar a defesa, porquanto se perde o primeiro grande momento para esclarecer fatos favoráveis ao acusado. Deixar o juiz de abrir prazo para a defesa prévia implica cerceamento de defesa e enseja a nulidade do processo.

¹⁰ Alexandre MORAES. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2003, p. 257.

¹¹ Idem.

¹² Id., *ibid.*, p. 118.

Há precedentes neste sentido:

Ato infracional. Procedimento para sua apuração. Ausência de defesa prévia e não apresentação de rol de testemunhas pelo adolescente. Cerceamento de Defesa. Anulação dos atos processuais posteriores ao momento em que se deu a omissão. Sentença cassada e processo anulado de ofício. Decisão Unânime (Tribunal de Justiça do RS - acórdão nº 595.141813. Sétima Câmara Cível. Rel Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes).¹³

Para melhor ilustrar a relevância do ponto e estimular os advogados a perseguirem a mais ampla defesa, apresentamos exemplo de *habeas corpus* impetrado por advogado do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Emaús com a íntegra do voto do desembargador relator. O Centro de Defesa Emaús faz monitoria da execução das medidas sócio-educativas nos centros de internamento do Pará. Durante a monitoria, foram detectadas falhas no processo de um adolescente, resultando na violação da ampla defesa.

¹³ Já se decidiu, de outro lado, que defesa prévia não pode ser ofertada por advogado “ad hoc” nomeado na audiência de apresentação: “Estatuto da Criança e do Adolescente. Procedimento judicial para apuração de fato infracional. Cerceamento do direito de defesa. Nulidade. Constitui nulidade insanável a realização de audiência de instrução e julgamento sem que o adolescente tenha defensor constituído ou nomeado. A nomeação de defensor ad hoc pressupõe a existência de anterior defensor (nomeado ou constituído), que intimado para o ato não se fez presente, não podendo aquele suprir a defesa até ali inexistente, inclusive apresentado defesa prévia, pois esta é própria deste. Houve, pois, violação do art. 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 5, LIV, da Constituição Federal, de 05.10.88”. (Apelação cível nº 597035559, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator Danúbio Edson Franco, julgado em 17/04/1997).

Exma. Sra. Desem.

Câmaras Criminais Reunidas

Impetrante: Márcio da Silva Cruz- (Advogado CEDECA-Emaús)

Pacientes: XXXXXXXXXXXXX

Coator: Juízo da 24ª Vara Cível

Márcio da Silva Cruz, brasileiro, solteiro, advogado do centro de Defesa da Criança e do Adolescente Emaús, regularmente inscrito na OAB/PA sob nº9698, com endereço profissional na Tv. Dom Romualdo de Seixas nº918, bairro, Umarizal, vem respeitosamente perante Vs. Exas., impetrar ORDEM DE HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR, em favor dos Pacientes APF e CLV, ora internos na unidade de Internação para Adolescentes Espaço Recomeço, com fundamento no artigo 5º LXVIII e nos art. 647 do CPP.

Insurge-se a presente ordem contra nulidades absolutas insanáveis ocorridas na instrução do Processo 962/2000 que tramitou pelo expediente do Cartório do 24º Ofício cível.

Os Pacientes foram representados pelo Ministério Público pela prática de ato infracional e ouvidos pelo Juízo competente no dia 05 de Dezembro de 2000, conforme cópia dos termos de audiência anexos (doc. 01 e 02). Ocorre que por disposição expressa do art. 184 da Lei 8069/90, após audiência de apresentação a que o dispositivo se refere, deve ser aberto pelo juízo o tríduo legal para a apresentação de defesa prévia. Tal procedência deve ser explícita, pois não pode ser presumida pela defesa devido o curso da instrução processual ser presidido por quem detém a atividade jurisdicional: o Juiz.

No caso em tela, após a oitiva dos pacientes, o juízo instruiu o processo e marcou nova audiência, sem abrir o prazo para defesa prévia.

Segundo a mais eloqüente doutrina de Direito Constitucional personificada nas lições de Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direi-

to de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção de amplas provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O Supremo Tribunal Federal, fazendo coro à eloquência da doutrina, decidiu no HC 67. 923, que teve como relator o Ministro Celso de Mello:

A ausência de Defesa Prévia pelo defensor constituído, não anula o processo, segundo o STF (RTJ). O QUE ANULA É A AUSÊNCIA DA CONCESSÃO DE PRAZO AO DEFENSOR PARA TAL MISTER”. (STF, HC 67.923, REL. MIN. CELSO DE MELLO)

Como se pode inferir do enunciado doutrinário e da interpretação do Supremo Tribunal Federal, a cláusula do devido processo legal, se inobservada em prejuízo a um dos litigantes, fulmina a relação jurídica processual de nulidade, pois como ocorreu na instrução do processo atacado nesta ordem, o desrespeito ao procedimento imposto pela lei, impossibilitou a produção da prova testemunhal em favor dos pacientes, violando o direito constitucional ao devido processo legal.

O art. 152 da lei 8069/90 estabelece que serão aplicadas subsidiariamente as normas processuais da legislação processual pertinente. Obedecendo este dispositivo, aplica-se o sistema de nulidades do CPP, no caso concreto a disposição do art. 564,III, e do diploma processual penal, que dispõe:

*Art. 564- A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
III- Por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
e)...e os prazos concedidos à acusação e a defesa.*

Durante a instrução processual, a defesa não se manifestou sobre a referida nulidade e, mais grave, renunciou às alegações finais e o defensor público nomeado, ao invés de defender os adolescentes, manifestou-se ratificando as alegações finais do Ministério Público, conforme podem comprovar as cópias do termo de audiência (docs. 03, 04 e 05) e da sentença (docs, 06,07 e 08). Nesse sentido particu-

lar o Supremo Tribunal Federal sumulou o seguinte entendimento:

Súmula 523 NO PROCESSO PENAL A FALTA DE DEFESA CONSTITUI NULIDADE ABSOLUTA, MAS A SUA DEFICIÊNCIA SÓ ANULARÁ SE HOVER PROVA DE PREJUÍZO PARA O RÉU.

No processo que está sendo objeto da presente ordem, o que ocorreu, claramente, conforme os documentos juntados a este remédio, foi a primeira hipótese constante da súmula 523 do STF, pois não foi praticado qualquer ato de defesa, nem sequer o pedido de aplicação de uma medida sócio-educativa menos gravosa.

O fumus boni iuris está cristalino nos dispositivos legais, no enunciado doutrinário e na interpretação do STF com relação à extensão da garantia ao devido processo legal. O periculum in mora na celeridade do cumprimento da medida sócio-educativa imposta aos pacientes (internação), que é privativa de liberdade e tem o prazo de seis meses para ser reavaliada pelo juízo monocrático, podendo causar um efeito inócuo à presente ordem, legitimando a ilegalidade processual.

Diante da grave lesão processual e da violação da garantia constitucional do devido processo legal e para que seja restabelecido o status libertatis dos pacientes, o impetrante requer a concessão LIMINAR DA ORDEM DE HABEAS CORPUS e sua manutenção na análise do MÉRITO NOS TERMOS DA ÓRDEM IMPETRADA, como única forma de resguardo da ordem constitucional.

Nestes termos espera deferimento.

*Belém-Pa, 14 de março de 2001.
Advogados.*

Acórdão: 42.153.

*AUTOS DE HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE
LIMINAR
PROCESSO Nº 2001300953
COMARCA; CAPITAL/BELÉM-PA.*

*IMPETRANTE: Advogado MÁRCIO DA SILVA CRUZ e estagiários
ELCIO RAMOS- CENTRO DE DEFESA DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE CEDECA/EMAÚS*

PACIENTES: XXXXXXXX

*IMPETRADO: O DOUTO JUÍZO DE DIREITO DA 24ª VARA CÍVEL DA
COMARCA DA CAPITAL.*

PROCURADOR DE JUSTIÇA: Dr. AMÉRICO DUARTE MONTEIRO

RELATOR: Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

Ementa: Habeas corpus liberatório, com pedido de liminar – nulidade do processo a que responderam menores infratores, em decorrência de notório cerceamento de defesa caracterizado por dupla causa: A) Falta de intimação do respectivo patrono para apresentação de defesa prévia (art. 186, §3º do ECA); e B) Pela mera concordância do defensor, designado para oferecimento de razões finais, com pedido da acusação- Ordem Deferida, por maioria.

Vistos etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes das Egrégias Câmaras Criminais Reunidas, por maioria de votos, em conceder a ordem impetrada, nos termos do voto do desembargador relator.

Sala das sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos quatorze dias do mês de abril de 2001.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Desembargadora Maria de Nazareth Brabo de Souza, Presidente das Câmaras Criminais Reunidas.

Belém, 14 de Abril de 2001

Des. Milton Augusto de Brito Nobre - Relator

VOTO

A presente impetração, apontando eivas de nulidade no processo em cujo desfecho ocorreu a imposição da medida de internação aos pacientes, tem cabimento, a despeito da existência dessa decisão e da sua recorribilidade, inclusi-

ve, através de apelação, nos moldes do Código de Processo Civil, como prevê o art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente. É o que ressoa do entendimento jurisdicional, como se pode verificar pelos seguintes julgados:

“O HABEAS CORPUS CONSTIUI MEIO HÁBIL PARA A ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO, AINDA QUE A SENTENÇA RESPECTIVA TENHA TRANSDITADO EM JULGADO” (STF – RHC – REL. DJACI FALCÃO – RT 613/407).

“HABEAS CORPUS. ‘CONSTITUI MEIO HÁBIL PARA A DENÚNCIA DE NULIDADES DO PROCESSO PENAL MESMO HAVENDO SENTENÇA TRANSITA EM JULGADO”

“O HABEAS CORPUS SOBREPÕE-SE A QUALQUER REMÉDIO; PODE SER IMPETRADO ANTES, DURANTE, OU DEPOIS DE PROFERIDA A SENTENÇA CONDENATÓRIA” (STJ – 5ª T – HC 4594 – REL. EDSON VIDIGAL – J. 27.8.96 – DJU 29.9.97. P. 48227).

“O ART. 648, VI DO CPP CONSIDERA COAÇÃO ILEGAL, SUSCETÍVEL DE SER DESFEITA ATRAVÉS DE HABEAS CORPUS, A EMANADA DO PROCESSO MANIFESTAMENTE NULO. DAÍ SE INFERE QUE AS DEMAIS NULIDADES, DESDE QUE MANIFESTAS, PODEM SER ARGÜIDAS EM QUALQUER OPORTUNIDADE, OU POR MEIO DE HABEAS CORPUS, NÃO OCORRENDO PRECLUSÃO IMPEDITIVA. EM FACE DO ART. 648, VI, ATÉ MESMO DEPOIS DE PASSADA EM JULGADO SENTENÇA CONDENATÓRIA, CABÍVE SERÁ

O HABEAS CORPUS, COM O EFEITO RESCISÓRIO, SE NULO O PROCESSO EM QUE FOI PROFERIDA” (TJSP – HC – REL. ADRIANO MARREY – RJTJESP 45/356)

Ingressando, em conseqüência, no âmago da impetração, impende salientar que, no caso, configuram-se dois pontos cruciais, que sejam, o de não resultar comprovado que a patrona dos pacientes foi notificada ou intimada a apresentar defesa prévia, tendo disto desistido e o de que as alegações finais não foram formalizadas ou, mais exatamente, como formalizadas, tornaram-se inócuas.

O primeiro desses pontos está bem caracterizado pelo seguinte trecho das informações prestadas pelo juízo a quo, conforme se transcreve.

*Ao término da oitiva das testemunhas de acusação foi detectado o não comparecimento de testemunhas de defesa, tendo a Sra. Escrivã, de forma verbal, esclarecido que a Dra. Defensora Pública havia declinado da Defesa Prévia, não tendo sido arroladas testemunhas e **que os documentos relativos, encontravam-se extraviados no Cartório, face terem sido guardados, às pressas, entre outros, por ocasião de fortes chuvas que provocou goteiras no Cartório de Conhecimento.** [grifei].*

Dessume-se, conseqüentemente, que se inviabilizou aquela primeira interface defensiva e, mais ainda, que há incerteza quanto a ter a Defensora Pública, cujo nome sequer foi declinado, mas que esteve presente à audiência de apresentação dos pacientes, realmente, desistido da defesa prévia e, colateralmente, do rol de testemunhas. Fica-se, ademais, em face da informação antes reproduzida, na incerteza até mesmo quanto à referida Defensora Pública ter sido eficazmente cientificada de que, em seguida àquela audiência de apresentação, lhe estava reservado o lapso legal para a defesa inicial de seus patrocinadores, vale dizer, dos ora pacientes.

Note-se, por outro lado, que não há no termo de audiência acostado às fls. 06 dos autos nenhuma anotação quanto à ciência da patrona dos pacientes para a apresentação da defesa prévia e, além disso, que nada há realmente comprovando ter ocorrido aquele caso de força maior, isto é, o extravio dos documentos em decorrência de tão inconvenientes goteiras causadas por fortes chuvas.

Houve, assim, um claro desfavorecimento da defesa dos menores ora pacientes, que, por motivos inusitados e não comprovados, deixaram de ter a oportunidade de defesa prévia e de indicação de suas testemunhas, o que atrita com o disposto no art. 186, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

De qualquer maneira, tudo leva a crer que, naquela audiência, nem sequer a referida Defensora Pública teria sido cientificada, mediante intimação ou notificação, acerca da abertura da fase prévia, incidindo nulidade absoluta sobre essa omissão processual, como sobejamente tem declarado a nossa jurisprudência, conforme se demonstra, v. g., com o seguinte aresto, que encarece a necessidade daquelas formas de comunicação do prazo para defesa inaugural

A FALTA DE INTIMAÇÃO PARA OS ATOS PROCESSUAIS CONSTITUI NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA, PASSÍVEL DE SER CORRIGIDA POR HABEAS CORPUS. RECURSO DE HABEAS CORPUS QUE SE CONHECE E DE DÁ PROVIMENTO, PARA ANULAR O PROCESSO AB INITIO. (STJ – RHC 5880 – Rel. CID FLAQUER SCARTEZZINI – J. 5.11.96 – RSTJ 93/356).

Tendo, pois, ocorrido a postergação de tal fase procedimental, impõe-se reconhecer sua nulidade.

O segundo ponto crucial, sem dúvida alguma, consiste na inocuidade das alegações finais deduzidas em prol dos pacientes, o que resta bem caracterizado, de igual modo, porque como informa a autoridade judiciária apontada coatora, o advogado que o assistia desistiu expressamente de apresentá-las, fato que, aliás, está registrado nas últimas linhas do termo da audiência em continuação, atitude que levou aquele juízo, na tentativa de evitar a nulidade, a concitar, por assim dizer, o Defensor Público ali vinculado a oferecê-las, o qual as deduziu, porém, apenas “ratificando após análise dos autos, os termos dos memoriais do Ministério Público.”

Nessas suas derradeiras razões, saliente-se, o Órgão Acusador requereu a internação dos ora pacientes, como sintetiza a sentença (cópia anexa) que lhes decretou essa medida sócio-educativa.

Portanto, ao assim procederem, tanto o advogado constituído como Defensor Público incumbido pelo juízo deixaram indefesos os ora pacientes, porque se omitiram quanto ao desenvolvimento da argumentação que visasse mostrar os flancos favoráveis a absolvê-los e evitar que ficassem sujeitos a internação, medida sócio-educativa que se constitui em “privativa de liberdade”, na linguagem do art. 121 do ECA.

Afigura-se, indubitavelmente, uma nulidade equiparada à que a jurisprudência entende existir nas situações em que, nos processos criminais, o defensor deixa ao abandono o réu e concorda com a acusação, como no seguinte aresto, que, embora referente a advogado dativo, e não exatamente o Defensor Público, projeta-se analogamente sobre o presente caso:

“DEFESA – AUDIÊNCIA – ADVOGADO DATIVO QUE CONCORDA COM O PEDIDO DE CONDENAÇÃO – CARACTERIZAÇÃO – NULIDADE – OCORRÊNCIA. ‘CARACTERIZA AUSÊNCIA DE DEFESA, A ANULAR O PROCESSO, A CONDUTA DE ADVOGADO DATIVO QUE, EM ALEGAÇÕES FINAIS, CONCORDA COM O PEDIDO DE CONDENAÇÃO FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, UMA VEZ QUE RESTA FERIDO O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, AINDA MAIS TRATANDO-SE DE DEFENSOR DATIVO, QUE NÃO ATUA POR MANDATO DO RÉU E QUE, PORTANTO, NÃO PODE SUBSTITUÍ-LO NO FEITO” (TACRIM – SP – AP – J. 15.10.96. – Rel. FIGUEIREDO GONÇALVES – RJTACRIM 33, JAN. – MAR. – 97).

“PROCESSO – DEFESA DEFICIENTE – DEFENSOR DATIVO QUE CONCORDA COM A CONDENAÇÃO DO RÉU – INADMISSIBILIDADE, AINDA QUE CONFESSADA A AUTORIA DO DELITO – NULIDADE DECRETADE – PROCESSO PENAL – DEFENSOR DATIVO – OMISSÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE. ‘AINDA QUE CONFESSADA A AUTORIA DO DE-

LITO, É VEDADO AO DEFENSOR DATIVO ACEITAR PASSIVAMENTE A CONDENAÇÃO DO RÉU, POR CONSTITUIR CERCEAMENTO DE DEFESA A ENSEJAR NULIDADE DO PROCESSO” (TAMG – AP – Rel. KELSEN CARNEIRO – RT – 678/360)

O certo é que no caso em exame está evidente o maltrato ao princípio da ampla defesa, quer pela falta de intimação da defensora dos pacientes para apresentar defesa prévia, quer pelo modo como foram externadas suas alegações finais, resultando daí notório prejuízo, donde ser imperioso o reconhecimento da nulidade dos atos praticados no processo a que estes responderam perante o juízo a quo e que culminou em lhes ser imposta a medida sócio-educativa de internação.

Nulo, enfim, é de se proclamar o aludido processo, desde a chamada “audiência em continuação”, mantendo-se incólumes apenas os depoimentos das testemunhas de acusação e, assim, após devolvido aos pacientes o prazo destinado à defesa prévia, deverão seguir-se os demais atos processuais até a final sentença, tudo dentro da máxima celeridade processual.

Pelo exposto, com essas ressalvas, concedo a presente ordem para, em conseqüência, também restituir a liberdade dos pacientes.

É o meu voto.

Belém, 14 de maio de 2001.

Des. Milton Augusto de Brito Nobre

RELATOR

Como já referido, o exemplo acima apontado nos mostra que sempre é preciso persistir na luta pela garantia dos direitos de crianças e adolescentes. Ainda existem operadores do Direito que não observam as garantias constitucionais nem zelam pela sua observância, mantendo-se na filosofia superada do Código de Menores. Não ser diligente no respeito aos direitos dos adolescentes acusados de prática de ato infracional configura não só violação ao direito pátrio, mas a toda ordem normativa internacional à qual o Brasil se vincula (Convenção Internacio-

nal dos Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e Regras Mínimas das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil).

A defesa de um adolescente tido como infrator é tão sagrada como a de qualquer adulto acusado de cometer crimes. É inaceitável que um advogado, sob pretexto de que as medidas sócio-educativas vão possibilitar uma nova oportunidade aos adolescentes, esqueça-se que seu mister é defendê-los, resistindo contra a pretensão estatal que implique, direta ou indiretamente, o cerceamento de suas liberdades. Não podemos esquecer que apesar de a medida sócio-educativa não ser pena, ela é uma sanção que inclusive pode chegar a privar o adolescente de seu direito de ir e vir.

O advogado diligente estará sempre atento à ampla defesa e ao contraditório, cumprindo lembrar aqui, porquanto nunca é demais reforçar, a lição de Alexandre de Moraes:

Entre as cláusulas que integram a garantia constitucional à ampla defesa encontra-se a necessidade de defesa técnica no processo, a fim de garantir a paridade de armas entre as partes (par conditio) e evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdades e injustiças. Assim, o princípio do contraditório exige a igualdade de armas entre as partes no processo, possibilitando a existência das mesmas possibilidades, alegações, provas e impugnações.¹⁴

A igualdade processual, assim, é um dos requisitos da ampla defesa. É dever do juiz zelar pela concessão de igual oportunidade de manifestação entre acusação e defesa, sem o que a violação ao princípio da plenitude da defesa e do contraditório será inevitável.

O advogado não pode ser mero expectador. Seu dever é de cumprir com os ditames legais da defesa técnica. Infelizmente, contudo, como bem diz o Douto Desembargador Amaral,

continua pálida a participação do advogado e as defesas exsurgem muito deficientes, insistindo-se, ainda, que o advogado deve ter uma atuação diferente, limitada. Olvida-se o secular princípio da presunção da inocência e tudo é tratado

¹⁴ Alexandre de MORAES, op. cit., 2003, p. 258.

com muita singeleza. (...) A defesa verdadeiramente técnica persiste inacessível à maioria dos jovens em conflito com a lei penal. Esta geralmente é invocada para a conceituação de ato infracional, mas abandonada quando se trata do exame da culpabilidade e das respectivas excludentes.¹⁵

O STF também já se posicionou contra a passividade dos advogados que preferem concordar com a acusação (Ministério Público) a fazer esforços que lhes competem para defender o adolescente, cujo eventual cometimento de infração não lhe retira o direito a receber dos operadores do Direito atuação comprometida com os ditames constitucionais.

A presença formal de um defensor dativo sem que a ela corresponda a existência efetiva de defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no mínimo tutelar das liberdades públicas (STF - 1ª T - HC nº 68.926/MG – rel. Min. Marco Aurélio).

Sustentamos que o advogado, quando defende adolescentes em conflito com a lei, deve atuar com a maior diligência possível, jamais aceitando que suas prerrogativas sejam feridas. Mesmo quando o adolescente já tiver sido sentenciado, o advogado deve estar sempre atento às condições de cumprimento das medidas, zelando para que os direitos do jovens sejam respeitados, em especial no regime de internação. É inaceitável, por exemplo, a proibição do ingresso de defensores em centro de internamento para avistarem-se com o adolescente, posto que, além de caracterizar notória afronta ao artigo 124 inciso III da lei 8069/90, atinge fatalmente a prerrogativa funcional do advogado consagrada na lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil). Veja-se:

Artigo 7º. São direitos do Advogado:

III - Comunicar-se com seus clientes pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

¹⁵ Fernando do AMARAL E SILVA, *op. cit.*, 1998, p. 61.

Já tivemos conhecimento de advogados que foram impedidos pelo juiz de se comunicar com o adolescente cumprindo medida. Trata-se, no mínimo, de abuso de poder do Juiz. O advogado não deve e não pode aceitar tal cerceamento, cabendo-lhe recorrer às vias legais para garantir seu direito de assistir seu cliente e o direito de seu cliente a ser assistido. Silenciar em face de tal situação corresponde a trair o compromisso jurado de cumprir os ditames da advocacia. Segundo Paulo Lopo Saraiva,

o exercício da advocacia difere, em muito, do de outras profissões. O advogado é o militante da cidadania. O seu mister profissional representa, sempre, a defesa da liberdade e do patrimônio das pessoas. A sua orientação contém os elementos fundamentais para a afirmação do espaço público, no sentido de que quanto maior for sua força persuasiva, melhor será o resultado para a sociedade. [E diz mais:] Não pode haver prestação jurisdicional plena sem a obrigatória presença do advogado. E este é portador dos atributos da inviolabilidade, entendendo-se, com isto, a total e independente atividade em defesa da pessoa humana. O advogado jamais poderá ser molestado pela sua manifestação profissional.¹⁶

Como podemos ver, juiz, advogado e promotor são responsáveis pelo fiel cumprimento da garantia constitucional do devido processo legal. De nada adianta um deles atuar de forma diligente, se o outro é omissivo ou negligencia suas funções constitucionais. Como pode se sentir um advogado que não atua, não utiliza o esforço necessário, que concorda simplesmente com tudo o que está sendo alegado contra o seu cliente, sabendo que direitos dele estão sendo violados? No mínimo, deve sentir-se negando os preceitos fundamentais da advocacia e dos direitos humanos.

4. Considerações finais

Os princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem para todos os operadores do Direito um novo pensar sobre o tratamento dado a nossos jovens. Romper com uma cultura que considera crianças e adolescentes como objetos de intervenção, que não os reconhece como sujeitos de direitos, que quer tratá-los como “coisa” sujeita às ordens dos “doutos” adultos, ainda é um dos grandes desafios

¹⁶ Paulo Lopo SARAIVA, *O advogado não pede. Advoga: Manifesto de independência da advocacia Brasileira*. Campinas : Edicamp, 2002, p. 21 e 23.

de todos os movimentos em defesa dos direitos do público infanto-juvenil.

Eliana Athayde, uma das advogadas que mais tem lutado pelo cumprimento dos princípios do ECA, ao se reportar ao papel do advogado de crianças e adolescentes dá uma lição que deverá ser seguida por todos que militam na área:

o compromisso político-social do advogado de crianças e adolescentes há de ser o mesmo dos profissionais que atuam nas diversas lutas populares, porque muito mais que advogado, ele deve ser um agente de transformação social. Por isso, seu trabalho será muito pouco ortodoxo, para além do convencional “peticionar”, “arrazoar”, “acompanhar processos” etc... O advogado que milita na área da infância e juventude deve ser referência dos meninos e meninas, de forma a, inclusive, devolver-lhes o eixo eventualmente perdido.¹⁷

Respeitar o devido processo legal é mais do que cumprir com a ordem constitucional, é respeitar os princípios de liberdade que são inerentes à pessoa.

O advogado, seja defensor público ou privado, deve, como operador do Direito, diligenciar para que os adolescentes acusados de prática de ato infracional tenham defesa técnica com o máximo de empenho possível.

Dalmo de Abreu Dalari ensina que

a pessoa que tem um direito violado está sofrendo uma perda de alguma espécie. E quando essa pessoa que teve um direito ofendido não reage, isso pode encorajar a violação de outros direitos seus, pois sua passividade leva à conclusão de que aquele não pode ou não quer defender-se. Daí a importância de conscientizar as pessoas que procurem sempre defender seus direitos.¹⁸

Esta lição mostra que também é preciso ficar atento para orientar e esclarecer crianças e adolescentes sobre os seus direitos, sobre as consequências da prática do ato infracional, enfim, para fazer da informação também uma estratégia para defendê-los, pois quem não conhece seus direitos não pode reivindicá-los.

¹⁷ Elaina Augusta de Carvalho ATHAYDE. O advogado e a execução da medida sócio-educativa, in: *Políticas públicas e estratégias de atendimento sócio-educativo ao adolescente em conflito com a lei*. MJ Departamento da Criança : Brasília, 1998, p. 53.

¹⁸ Dalmo de Abreu DALARI, *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo : Moderna, p. 70.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O controle judicial da execução das medidas sócio-educativas. in: *Políticas públicas e estratégias de atendimento sócio-educativo ao adolescente em conflito com a lei*. Brasília : Ministério da Justiça, 1998 (Coleção Garantia de Direitos, Série Subsídios 2)
- ATHAYDE, Eliana Augusta de Carvalho *et al.* *Somos todos infratores: família, sociedade e Estado*. Fortaleza : ANCED, 2000.
- _____. O advogado e a execução da medida sócio-educativa, in: *Políticas públicas e estratégias de atendimento sócio-educativo ao adolescente em conflito com a lei*. Brasília : MJ Departamento da Criança, 1998.
- ASSIS, Araquém. Garantia de acesso à justiça e benefício da gratuidade, in: José Rogério CRUZ E TUCCI. *Garantias constitucionais do processo civil*. Homenagem aos 10 anos Da constituição federal de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre : Sérgio Fabris. 1988.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo : Moderna.
- LIBERATI, Donizeti Wilson. *Adolescente e ato infracional. Medida Sócio-educativa é Pena?* São Paulo : Juarez de Oliveira, 2003.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional, in: *Garantias constitucionais do processo civil*. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo : RT, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 12. ed. São Paulo, 2001.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2001.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2003.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *O advogado não pede. Advoga: Manifesto de independência da advocacia brasileira*. Campinas : Edicamp, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça, in: José Eduardo FARIA (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1989.
- VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal*. 2. ed. São Paulo : Cortez, 1998.

O PAPEL DO ADVOGADO NA DEFESA TÉCNICA DO ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL

Gisela Simona Viana de Souza

Advogada do Centro de Organização e Defesa da Criança e do Adolescente no Estado do Mato Grosso

A profissão de advogado tem sua origem histórica na necessidade de os litigantes serem assistidos e orientados por pessoas especializadas e conhecedoras de leis na defesa de seus direitos e, conseqüentemente, obter uma composição mais eqüitativa dos conflitos, resguardando o equilíbrio e a segurança sociais. Nesse sentido é que todos os registros históricos da presença do advogado, desde a Roma antiga, revelam a profissão como essencial para a realização da Justiça.

O Brasil também reconheceu essa importância, tanto que o art. 133 da Constituição da República Federativa estabelece que: “o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Tal dispositivo revela a necessária intervenção e participação do advogado no processo, para garantia dos direitos previstos em todo o ordenamento jurídico nacional.

Assim, tanto a Constituição da República quanto leis infraconstitucionais, em especial a Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB, conferiram algumas prerrogativas profissionais importantíssimas para o exercício pleno das funções do advogado. Entre tais prerrogativas estão as da inviolabilidade e independência, que podem, ou melhor, devem ser defendidas no dia a dia sempre que desrespeitadas, pois, como estabelece o referido Estatuto, o mister de advogado é um *munus* público, devendo-se respeitar seus direitos a fim de que seja atendido o interesse público na realização da Justiça.

Etimologicamente o termo “advogado” deriva do latim *advocatus (vocatus ad)*, que significa basicamente “interceder a favor de”. Com esse propósito é que o bacharel em Direito, sem prejuízo de outras condições para se tornar advogado, presta o compromisso de

exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático

co, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.¹

Partindo desse pressuposto é que se torna necessário o estudo do papel do advogado na defesa do adolescente em conflito com a lei, principalmente pela possibilidade de referidas medidas ensejarem a restrição ou a privação da liberdade do adolescente, bem jurídico fundamental, que deve ser garantido com máxima prioridade.

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, prevê, no art. 101, as medidas de proteção a serem aplicadas às crianças que pratiquem ato infracional, sendo elas: o encaminhamento aos pais ou responsável mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade e colocação em família substituta.

As medidas sócio-educativas estão previstas no art. 112 do ECA, e se destinam aos adolescentes em conflito com a lei, sendo elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e qualquer uma das medidas de proteção já mencionadas, com exceção da colocação em abrigo e em família substituta.

Segundo o ECA, referidas medidas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo. Quando cumuladas, deve sempre ser observada a compatibilidade entre si e o respeito à finalidade pedagógica que detêm.

O ECA estabelece que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido o processo legal, assegurando 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”.

Para que essa defesa técnica se estenda a todos, independentemente da condição financeira, tanto a Constituição da República (art. 5º, LXXIV), quanto o

¹ Art. 20 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, publicado no Diário da Justiça, seção 1, do dia 16/11/1994.

ECA (art. 111, IV e art. 141, §1º) garantem assistência jurídica integral e gratuita, pelo Estado, aos cidadãos que comprovem insuficiência de recursos.

A normativa internacional² também prevê a indispensabilidade da assistência jurídica aos adolescentes privados de liberdade de maneira rápida e eficaz a fim de ser assegurada a ampla defesa.

Dessa forma, a defesa técnica, que poderá ser feita por defensor público, advogado dativo ou constituído, é importante desde o momento que se dá início à apuração do ato infracional, ou seja, na fase policial, pois, sem dúvida alguma, esse momento é fundamental na formação de provas. Nele é que se começam a colher depoimentos, testemunhos e a tomar medidas importantes que vão repercutir até o final da intervenção jurisdicional.

O próprio mandamento constitucional brasileiro, no art. 5º, LXIII, revela que uma pessoa privada de liberdade deve ser informada previamente a qualquer declaração que tem direito à assistência imediata de um advogado; da mesma forma, é assegurado aos acusados em geral a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), o que sem dúvida alguma compreende a defesa técnica.³

Na fase policial, é assegurado ao advogado o direito de comunicar-se pessoal e reservadamente com o adolescente apreendido, mesmo sem procuração, nos termos do art. 7º, III do EOAB, momento que o adolescente deve ser esclarecido de seus direitos, inclusive o de permanecer em silêncio. O advogado deve esclarecer ao jovem suspeito que ele não tem a obrigação legal de auxiliar na própria incriminação, devendo a autoridade estatal respeitar sua liberdade no sentido de defender-se como entender melhor, seja silenciando, seja oferecendo a versão que melhor desejar.

Na fase policial, o advogado tem assegurado, também, o direito de examinar em qualquer repartição, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou procedimento, findos ou em andamento, podendo copiar peças e tomar apontamentos (art. 7º, XIV, EOAB), bem como o direito de acesso às unidades de internação, na

² **Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança:** art. 37, alínea “d”: Os Estados Partes zelarão para que “toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso à justiça e a qualquer outra assistência adequada (...)”; art. 40, 2. ii) “(...) dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa”.

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing: 15.1 “O jovem terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista na lei do país.”
Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad – 55 “Poderá ser considerada a possibilidade de se estabelecer um escritório de ‘proteção da infância e da adolescência’ (*ombudsman*) ou um escritório análogo independente que garanta respeito a condição jurídica, dos direitos e dos interesses dos jovens e, também, a possibilidade de remeter casos aos serviços disponíveis. Do mesmo modo, deverão ser estabelecidos serviços de defesa jurídica da criança.”

³ Art. 3º da Resolução nº 44, de 6 de dezembro de 1996 do CONANDA: “A defesa técnica do adolescente deverá ser feita desde o atendimento inicial (apreensão em flagrante ou oitiva nos atos investigatórios), por Defensor Público, Advogado dativo ou constituído, devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”.

forma do art. 7º, VI, alíneas “b” e “c”, do EOAB. Eventual inobservância de tais direitos pode ser corrigida com a impetração de Mandado de Segurança, sem prejuízo do acionamento das Comissões de Defesa de Prerrogativas das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil.

É imperioso ao advogado analisar com que fundamento deu-se a apreensão, pois o art. 106 do ECA limita seu cabimento às hipóteses de flagrante ou ordem judicial. Cabe, portanto, ao advogado, assim que tomar conhecimento da detenção policial de um adolescente, verificar primeiramente se está prevista alguma das hipóteses de flagrante (art. 302 e 303, CPP), se o auto de apreensão preenche os requisitos formais legais ou, no caso de ordem judicial, se ela é escrita, fundamentada e emanada de autoridade competente. Ausente uma dessas hipóteses, cabe o pedido de relaxamento da apreensão por ser ilegal, nos termos do art. 5º, LXV, CF.

Cabe também ao advogado zelar pela observância dos direitos do adolescente quando da apreensão, por exemplo, cuidando para que ele não seja conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial (art. 178 ECA), ou mesmo mantido, enquanto aguarda sua apresentação, na mesma dependência destinada aos maiores de idade (art. 175, §2º, 2ª parte), tudo com vistas a resguardar sua dignidade e evitar riscos à sua integridade física ou moral.

O adolescente apreendido tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão (art. 5º, LXIV da CF e art. 106 do ECA).

Após a lavratura do auto de apreensão em flagrante ou do boletim de ocorrência pela autoridade policial, cabe a ela examinar a possibilidade de liberação imediata do adolescente a seu responsável sob compromisso de apresentação ao Ministério Público no primeiro dia útil seguinte. A liberação não será promovida na Delegacia apenas 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.

Na hipótese de não-liberação imediata do adolescente, este deverá ser encaminhado ao Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência. Na impossibilidade de ser encaminhado imediatamente, deverá ser apresentado no prazo máximo de 24 horas, tempo em que ficará em entidade de atendimento ou, na ausência, na própria repartição policial.

Cabe ao advogado lutar pela correta aplicação da lei, pelo cumprimento dos prazos estabelecidos e pela produção de provas a favor do adolescente, revelando-se indispensável o contato do adolescente com o seu patrono nesse momento da apuração do ato infracional, a fim de viabilizar a coleta e indicação das provas defensivas.

Na hipótese de o adolescente afirmar que foi vítima de maus tratos e/ou lesões corporais, o advogado deverá requerer exame de corpo de delito para instruir ações de responsabilização dos agentes envolvidos no âmbito administrativo, civil e penal.

Terminada a fase policial, o jovem é levado à presença do representante do Ministério Público, que o ouvirá informalmente e, se possível, seus pais ou responsável, vítimas e testemunhas. Esse momento é importantíssimo, pois nele o Ministério Público forma convicção sobre a necessidade de representação, ao deparar-se com as condições pessoais do suspeito, além de ser o momento em que se começa a cogitar a aplicação de medidas jurisdicionais provisórias privativas ou não de liberdade.

Nesse momento, o Ministério Público pode conceder a remissão, promover o arquivamento ou oferecer representação à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa com ou sem pedido de internação provisória do adolescente.

Existem entendimentos que admitem a possibilidade de o Ministério Público transacionar a fim de que a remissão seja cumulada com uma das medidas sócio-educativas, algo que se mostra possível, em tese, desde que o adolescente esteja acompanhado de seu defensor. A necessidade do defensor nessa fase pré-processual também decorre de uma interpretação sistemática das garantias constitucionais já mencionadas, bem como do próprio Estatuto, já que pode resultar na aplicação de uma medida constritiva sem defesa, o que é inconstitucional.

O art. 179 do ECA afirma que o Ministério Público procederá nesse momento à oitiva informal do adolescente. Como a oitiva é informal, ela não poderá ser reduzida a termo, vale dizer, formalizada. Somente a parte deliberativa da solenidade deve ser transcrita. Caso nela se colha eventual confissão do jovem – desacompanhada de defensor – cumpre postular-se seu desentranhamento dos autos. Não serve como prova, vez que produzida ao largo do devido processo legal e não pode ser utilizada em desfavor do adolescente, em especial para justificar decisão que implique privação de liberdade.

Nas hipóteses de arquivamento ou de remissão, a autoridade judiciária poderá concordar - quando então fará a homologação - ou discordar - quando então fará remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

Na hipótese de oferecer representação, esta deverá conter breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas.

O ECA considera desnecessária prova pré-constituída da autoria e materialidade para oferecimento de representação. Ausentes, todavia, tais provas, a internação provisória não pode ser decretada.

Oferecida a representação e autuado o procedimento para apuração do ato infracional, o advogado deverá ter livre acesso para examinar os autos em cartório e retirá-los pelo prazo legal, na forma que disciplinam os art. 7º, XIII e XV do EOAB e art. 40 do CPC, desde que tenha procuração. A restrição prevista no art. 144 do ECA somente se aplica quando cópias ou certidões forem solicitadas por pessoa diferente do advogado do adolescente.

Ao receber a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, oportunidade em que também decidirá sobre a decretação ou manutenção da internação.

A decisão que mantém ou decreta a internação provisória, na forma do parágrafo único do art. 108 do ECA, deve ser fundamentada, basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida, requisitos que devem ser cumulativos, sob pena de ilegalidade.

Decisão fundamentada, nos termos do art. 108 supramencionado, corresponde à descrição pormenorizada das razões que levaram o julgador considerar necessária a internação e que sirva para garantia da segurança pessoal do adolescente ou manutenção da ordem pública. Ao exigir decisão fundamentada, o dispositivo repete norma constitucional (art. 93, IX) que considera nula a decisão que não obedece a esse preceito.⁴

Mera alusão à participação do jovem em um ato infracional não corresponde ao requisito de indícios suficientes de autoria. É preciso prova pré-constituída, vinculando o jovem ao ato. Indício de materialidade da infração requer que o expediente policial venha instruído com indicadores de materialidade, tal como auto de apreensão em caso de delito patrimonial ou laudo de constatação em caso de ato infracional equiparado a crime da lei de tóxicos. Caso contrário, ausente estará o *fumus boni iuris*, um dos requisitos indispensáveis para se aplicar qualquer medida cautelar.

⁴ *Habeas corpus*. Ato infracional. Internação provisória. Decisão sem fundamentação. Concessão da ordem. 1 - Não demonstrada a necessidade imperiosa da medida extrema, fica desautorizada a manutenção da internação provisória. 2 - A gravidade do fato, por si só, não conduz necessariamente a imposição da medida de internação. 3 -Ordem deferida." Origem: Conselho Superior da Magistratura de Goiás. Fonte: DJ 13884 de 14/10/2002. Livro: 017. Acórdão: 02/09/2002. Relator: DES. Gercino Carlos Alves da Costa; Recurso: *Habeas corpus* - 19644-3/217. Processo: 200200816572. Comarca: Edeia. Decisão: "o Conselho Superior da Magistratura, à unanimidade de votos, conheceu do recurso e concedeu a ordem do *habeas corpus* em definitivo, confirmando a liminar deferida, tudo nos termos do voto do relator. Custas de lei."

A demonstração da necessidade imperiosa da medida se releva imprescindível, pois a privação de liberdade, ainda que provisória, é medida extrema e excepcional, lembrando que, segundo o ECA (art. 100), todas as medidas devem priorizar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

A internação provisória tem o prazo máximo de quarenta e cinco dias, prazo este que, se ultrapassado, torna ilegal a custódia, viabilizando a utilização de *habeas corpus* para sanar o constrangimento ilegal, conforme entendimento pacífico em todos os tribunais do país.⁵

O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação e notificados a comparecer à audiência acompanhados de advogado. Quando a família não tiver condições financeiras de constituir um advogado, cabe ao Estado patrocinar a assistência jurídica, tal como já mencionado em linhas anteriores, seja por defensor público, seja por advogado dativo.

Ressalta-se que, quando a lei estabelece a pessoa do advogado, trata-se do profissional devidamente habilitado na OAB, com todos os requisitos exigidos pela instituição, não sendo admitida sua substituição por estagiário, sob pena de considerar o ato nulo.⁶

Estando o jovem a responder o feito em liberdade, caso não compareça para audiência de apresentação, o Juiz pode determinar sua condução coercitiva ou, caso não seja encontrado, sua busca e apreensão, sobrestando o feito até a efetiva apresentação.

Comparecendo o adolescente e seus pais ou responsável, o Juiz procederá à oitiva deles. Caso compareça apenas o adolescente sem a presença dos pais deverá ser-lhe nomeado curador.

⁵ Criminal RHC. Menor. Sucessivas prorrogações do prazo de internação provisória. Período de internação superior ao permitido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Impossibilidade. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. I – O prazo de internação provisória de menor infrator não pode ultrapassar aquele previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – 45 dias – sob pena de se contrariar o propósito da Legislação do Menor, que pretende a celeridade dos processos e a internação como medida adotada apenas excepcionalmente. II – Configura-se o constrangimento ilegal se verificado que, através de sucessivas prorrogações do período de internação provisória, este excede o prazo máximo permitido pela legislação especial. Precedente. III – Recurso provido, para determinar a desinternação do menor. Acórdão RHC 13435 / AC ; RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* 2002/0124160-0. DJ DATA:24/03/2003 PG:00241. Relator Min. GILSON DIPP.

⁶ Ex.: Recurso de apelação. Ato infracional praticado por adolescentes. Alegação de nulidade. Falta de intimação de advogado para audiência de inquirição de testemunhas. Nomeação de defensora *ad hoc* na pessoa de estagiária. Reconhecimento da nulidade. - Consoante entendimento jurisprudencial prevalente a falta de intimação do advogado do réu para ato processual constitui nulidade insanável. - A atuação no feito de estagiário sem assistência de defensor público gera inafastável presunção de prejuízo para a defesa, violando a garantia constitucional da ampla defesa. Decisão: acolher a preliminar de nulidade, provendo o apelo. Unânime. Classe do Processo: APELAÇÃO APE14694 DF. Registro do Acórdão Número : 75265. Data de Julgamento: 04/01/1995. Órgão Julgador: Conselho da Magistratura. Relator: HERMENEGILDO GONÇALVES. Publicação no DJU: 05/04/1995 Pág.: 4.186 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3).

Nessa audiência de apresentação, o Juiz poderá entender adequada a remissão e então aplicá-la. Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária designará audiência de continuação, para oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público como pela defesa, podendo determinar a realização de diligência e estudo do caso.

Necessário ressaltar que o art. 186, § 2º dá a entender que somente sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade é que a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, é que deveria nomear defensor. Esta, porém não é interpretação mais correta do dispositivo, pois, como defendido linhas acima, as garantias concedidas ao adolescente asseguram assistência jurídica em toda a apuração do ato infracional, em especial, na audiência de apresentação:

Nesse sentido:

Ato infracional. Adolescente. Representação. Audiência de apresentação. Intimação feita aos pais do adolescente sem observância das exigências legais (art. 184, § 1º, do ECA). Processo anulado. Segundo dispõe a regra contida no art. 184, § 1º, do ECA, oferecida a representação e designada audiência de apresentação do adolescente, é indispensável a intimação dos pais ou responsáveis para comparecerem à audiência, acompanhados de advogado. Se o adolescente não possui advogado constituído, cumpre ao juiz proceder à nomeação de defensor. O estatuto garante ao adolescente defesa técnica por advogado (art. 111, inciso III). Não constando no mandado a observação de que devem os pais do menor comparecer acompanhados de advogado, nem tendo sido nomeado defensor, o processo padece de mácula insanável. (Classe do Processo: APELAÇÃO 20000130027115APE DF. Registro do Acórdão Número: 138591. Data de Julgamento : 22/03/2001. Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal. Relator: CARMELITA BRASIL. Publicação no DJU: 06/06/2001 Pág. 54 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3). ECA. “Necessidade de o defensor estar presente à audiência de apresentação do menor ao Juiz, se for acolhida versão

daquele sobre os fatos. Princípio da ampla defesa na Constituição Federal e no novo Estatuto e interpretação dos art. 184, § 1º, e 186, § 2º, especialmente quando o menor confessa lisamente os fatos e o decisório se calca nesta confissão. Nulidade decretada”. (AC 596184101, 7ª CCiv, TJRS, Rel. Des. Vasco Della Giustina, 19.02.1997).⁷

Ao advogado constituído ou defensor nomeado caberá a apresentação de defesa prévia, no prazo de três dias, contados da audiência de apresentação, audiência esta que, como mencionado, deverá sempre contar com a presença do defensor. A defesa prévia poderá se limitar a oferecer o rol de testemunhas e requerimento de provas que entender pertinentes para a defesa, sendo esse também o momento para alegação de qualquer nulidade relativa, podendo neste caso ser utilizada subsidiariamente as legislações processuais pertinentes (CPP e CPC, por exemplo).

Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, se constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária. Quando necessária a procuração, sendo o adolescente entre 12 e 16 anos, deverá ser representado por seus pais, logo, o instrumento particular de procuração será assinado apenas por estes; já os adolescentes entre 16 e 18 anos, serão assistidos pelos pais, devendo constar na procuração a assinatura tanto do adolescente quanto de um de seus pais.

Um dos questionamentos que pode surgir ao advogado na defesa de um adolescente que está sendo acusado da prática de ato infracional é qual o interesse a ser priorizado quando houver conflito entre a pretensão do jovem e a de seu responsável. Por exemplo, se o adolescente é vítima de tortura quando da apreensão e quer

⁷ ECA. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. **NULIDADE**. Ausência de **defensor** em qualquer ato do processo gera **nulidade** absoluta do ato, vez que afronta ao princípio constitucional da ampla defesa. Art. 207 e 111, inc. III, do ECA, e 5º, caput, incs. LIV e IV, da CF. PROVERAM. POR MAIORIA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006264683, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 04/06/2003).

ECA. **NULIDADE**. AUSÊNCIA DE **DEFENSOR**. Nulo é o processo a partir de fl. 66, inclusive, uma vez que ao apelante não foi nomeado **defensor** quando da audiência de apresentação, sequer constando no mandado de intimação (fl. 61) que deveria, juntamente com seus responsáveis, comparecer àquele ato acompanhado de advogado, como determina o § 1º do art. 184 do ECA. ANULARAM O PROCESSO A PARTIR DA FL. 66, INCLUSIVE. POR MAIORIA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006193858, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RUI PORTANOVA, JULGADO EM 22/05/2003)

EMBARGOS INFRINGENTES. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE **DEFENSOR** NA audiência DE apresentação. REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA justiça, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **NULIDADE**. ADOLESCENTE QUE COMPARECE A audiência DE apresentação SEM ADVOGADO E O interrogatório SE FAZ SEM A presença DE **DEFENSOR** NOMEADO PELO JUIZ, LEVA A ANULAÇÃO DO PROCESSO, POR INFRAÇÃO DOS ARTIGOS 111, III, E 207, AMBOS DO ESTATUTO DA criança E DO ADOLESCENTE. REGRAS DE BEIJING. EMBARGOS ACOLHIDOS. PROCESSO ANULADO. 9 FLS. (EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70003117728, QUARTO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANTÔNIO CARLOS STANGLER PEREIRA, JULGADO EM 07/12/2001).

representar contra o policial, mas os pais preferem que nada seja feito contra referido policial; ou ainda, se a família, por sentir-se destituída de recursos para intervir, prefere que seja ele internado para que possa ter onde comer, estudar, etc. O que deve fazer o advogado nessas condições? Entendemos que, nas hipóteses de conflito, primeiramente deve o advogado oportunizar um momento de diálogo com ambas as partes na tentativa de um consenso. Não sendo possível o acordo, o art. 142, parágrafo único, do ECA prevê a nomeação de curador especial ao adolescente quando os interesses deste colidirem com o de seus pais ou responsável. Quando nenhuma dessas hipóteses forem possíveis, devem prevalecer os interesses do adolescente desde que não colidam com direito indisponível (por exemplo, nunca poderá prevalecer o interesse de um adolescente que pede para ficar internado).

Na audiência de continuação deverão estar cumpridas as diligências, entendendo alguns ser indispensável⁸ a juntada de laudo da equipe interprofissional, como garantia da proteção integral. Este seria o momento em que profissionais de outras áreas dariam condições ao magistrado para avaliar e decidir com segurança qual a medida sócio educativa mais adequada ao adolescente, informando-o sobre o meio social e as circunstâncias da vida do adolescente e as condições que se deu a prática do ato infracional. Nosso entendimento é que a avaliação psicossocial consiste num entre os diversos meios de prova a serem utilizados pela defesa ao longo do procedimento de apuração de ato infracional. Solicitada pelo defensor, sua realização é obrigatória, sob pena de nulidade processual por cerceamento de defesa. Caso contrário, sua realização é facultativa.

Vale ressaltar, que referido laudo, geralmente, elaborados por Assistentes Sociais e/ou Psicólogos, visa dar subsídios à decisão judicial, que por certo não fica adstrita à eventual conclusão do laudo, tendo o Magistrado liberdade para fundamentar sua convicção.

Iniciada a audiência, primeiramente serão ouvidas as testemunhas arroladas na representação e, em seguida, aquelas arroladas na defesa prévia. Após, será dada palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária. Na prática, dependendo da complexidade do caso, pode-se conceder prazo para que as partes ofereçam alegações por escrito (memoriais).

⁸ LAUDO DE EQUIPE INTERPROFISSIONAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO. MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO. Ausência de relatório da equipe interprofissional, para a orientação da medida sócio-educativa mais adequada para a recuperação do adolescente, leva a anulação do processo com a cassação da medida. (AC 70001427574, 8ª Câmara Cível, TJRS, em 05.10.2000).

Nos debates orais ou alegações finais, o defensor deverá opor-se à pretensão de restringir a liberdade do jovem patrocinado, já que se trata de direito indisponível. Em outras palavras, deve o defensor postular a não-aplicação de qualquer medida restritiva ou privativa de liberdade, sob pena de o adolescente ser considerado indefeso. Somente assim a dialética processual se instaurará, viabilizando se aproxime a decisão final da solução mais justa para o caso. Não estará desempenhando corretamente sua missão o defensor que concorde com a privação de liberdade do adolescente. A medida, sob a ótica da defesa, nunca pode ser legitimada a pretexto de se tratar da melhor forma de “ajudar” o jovem em conflito com a lei.

Quando se tratar de procedimento envolvendo mais de um jovem representado, o advogado, antes de aceitar o patrocínio conjunto dos jovens, deve avaliar se inexistente colidência de interesses, ou seja, se um jovem coloca a culpa no outro e se isenta de qualquer responsabilidade. Havendo patrocínio comum de interesses colidentes o procedimento é nulo por ferir o princípio constitucional da ampla defesa, já que um dos acusados ficou indefeso. A propósito, veja:

Ato infracional - Adolescente - Condenação - Aplicação de medida sócio-educativa - Preliminar de nulidade do processo - Prejuízo na defesa - Representados patrocinados pelo mesmo defensor público - Pedido de absolvição de um em detrimento do outro - Flagrante ofensa ao princípio da ampla defesa - Acolhimento - Recurso provido - Unânime. Flagrante se mostra a ofensa ao princípio da ampla defesa, quando se verifica que a defesa dos representados foi patrocinada pela mesma defensora pública, com a formulação da tese de que a autoria do ato infracional apenas deveria pesar sobre um deles. (Classe do Processo : APELAÇÃO 20020130002129APE DF. Registro do Acórdão Número : 162132. Data de Julgamento : 22/08/2002. Órgão Julgador : 1ª Turma Criminal. Relator : LECIR MANOEL DA LUZ. Publicação no DJU: 30/10/2002 Pág. : 74 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3).

De acordo com o ECA, art. 186, § 4º, a sentença deve ser proferida na própria audiência. Porém, na prática, seja pela complexidade do caso, seja pelo grande número de audiências diárias a ser realizada pelos Juízes da Vara Especializada da Infância e Juventude, etc., após a audiência os autos são conclusos para

decisão, sendo o prazo para a sentença de 10 dias, de acordo com aplicação subsidiária do art. 800, I do CPP. Deve, contudo, ser observado o prazo máximo de 45 dias para encerramento do procedimento quando o adolescente estiver internado provisoriamente.

A extinção do processo pode ocorrer sem aplicação de qualquer medida, desde que se reconheça na sentença estar provada a inexistência do fato, não haver prova da existência do fato, não constituir o fato ato infracional ou não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. Nestas hipóteses, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade.

A intimação da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semiliberdade deverá ser feita ao adolescente e ao seu defensor e quando o adolescente não for encontrado, aos seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor. Na hipótese de aplicação de qualquer outra medida, a intimação far-se-á unicamente à pessoa do defensor.

O art. 190, § 2º, disciplina que, “recaindo a intimação na pessoa do adolescente, deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença”. Tal dispositivo comporta leituras divergentes. Uma corrente orienta-se no sentido de não permitir que seja interposto recurso sem o consentimento do adolescente; a outra, que o adolescente não tem discernimento suficiente para querer ou não recorrer, cabendo ao seu defensor tomar essa decisão.

Entendemos que a manifestação de vontade do adolescente favoravelmente ao recurso não corresponde a pressuposto de admissibilidade do recurso, cabendo ao advogado, após análise técnica, decidir se deve ou não recorrer. Na hipótese inversa, manifestado o desejo de recorrer pelo adolescente, sempre e em todos os casos, o recurso deverá ser arrazoadado pelo defensor.

ECA. INTERESSE. MENOR. Ao conferir o § 2º do art. 190 do ECA a opção de conformar-se ou não o menor com a sentença, não erigiu tal manifestação em condição de admissibilidade do recurso, mas apenas condiciona o defensor a interpor o recurso, caso seja essa a vontade expressa. Acolheram os Embargos. Embargos Infringentes 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Nº 70002290997 Porto Alegre. Isac Pereira, Embargante; Ministério Público, Embargado.

Da sentença cabe recurso de apelação, que poderá ser interposto no prazo de 10 dias, devendo o Juiz, antes de determinar a remessa dos autos à instância superior, proferir despacho fundamentado mantendo ou reformando a decisão, no prazo de 05 dias.

Todas as arbitrariedades existentes no procedimento para apuração de ato infracional podem ser combatidas com a interposição de *habeas corpus* e mandado de segurança, sendo que referidos remédios constitucionais deverão ser julgados com máxima brevidade seja pela sua natureza, seja em decorrência do princípio constitucional da prioridade absoluta, que confere primazia e conseqüentemente celeridade aos feitos que tratam da criança e do adolescente (art. 227, da CF; art. 4º e 198, III, do ECA).

Assim, vislumbra-se que o papel do advogado na defesa no procedimento de apuração de ato infracional é essencial e deve ser extremamente técnico, zelando pela observância, da forma mais ampla possível, dos direitos conferidos aos adolescentes na ordem jurídica nacional e internacional, lutando também para que o jovem seja respeitado em sua integridade física e moral, na condição especial de pessoa em desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA:

BARBOSA, Rui. O dever do advogado. Rio de Janeiro, Aide Editora, 2002.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral da Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data.

JÚNIOR, Mário Volpi e outros. Adolescentes Privados de Liberdade: A Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da Responsabilidade Penal. 2 ed. São Paulo, Cortez, 1998.

LIBERATI, Wilson Donizete. Adolescente e Ato Infracional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PRINCÍPIOS das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência juvenil (Princípios Orientadores de Riad). Doc. das Nações Unidas nº A/ CONF. 157/ 24 - Parte I em 1990.

RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia: Comentários e Jurisprudência Seleccionada. 3ª ed.: OAB/SC, 2001.

REGRAS mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça juvenil (Regras de Beijing). Recomendadas no 7º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Milão em 26.08 a 06.09.85 e adotada pela Assembléia Geral em 29.11.85.

SARAIVA, João Batista Costa. Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E O PAPEL DA POLÍCIA

Pedro Roberto da Silva Pereira

Advogado do Centro de Defesa D. Luciano Mendes – Rio de Janeiro

1. Introdução

O presente trabalho tem a intenção de analisar os principais aspectos da intervenção de profissionais da polícia em relação a adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional.

Em torno do tema “adolescente em conflito com a lei penal” existem muitos mitos, equívocos, desinformações e visões distorcidas sobre direitos e responsabilidades dos adolescentes, o que dificulta sobremaneira o entendimento e a aplicação integral do ECA.

Reconhecemos ser este um tema delicado. Se de um lado é certo que adolescentes cometem atos infracionais e devem ser responsabilizados, também é certo que os policiais devem saber distinguir muito bem o que é uma infração penal, conhecer a fundo o ECA, saber em que circunstâncias e com quais cautelas pode ou deve ser feita a apreensão de jovens.

O Estatuto não cuidou de disciplinar de forma detalhada toda a atividade policial dirigida para com a criança e o adolescente.

Uma primeira referência ao tema surge quando, entre as diretrizes da política de atendimento, é recomendada a integração operacional dos órgãos da Secretaria de Segurança com os outros órgãos da Justiça e da Assistência Social:

Art. 88 - São diretrizes da política de atendimento:
V - integração operacional de órgãos do Judiciário¹, Ministério Público², Defensoria Pública³, **Segurança Pública** e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização ao atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;^{4, 5}

¹ V. ECA, art. 145 a 151.

² V. ECA, art. 200 a 205.

³ V. ECA, art. 206, parágrafo único.

⁴ V. ECA, art. 103 a 128.

⁵ O atendimento inicial à criança a que se atribua ato infracional será prestado pelo Conselho Tutelar (ECA, art. 136, I), e, à sua falta, pela autoridade judiciária (ECA, art. 262).

Outra referência aparece quando, disciplinando o procedimento para a apuração do ato infracional atribuído a adolescente, o Estatuto fala da autoridade policial e da repartição policial (ECA, art. 172 a 178)

Volta a lei a referir-se à polícia e aos policiais quando relaciona os crimes praticados contra a criança e o adolescente (ECA, art. 230, parágrafo único, 231 e 234).

Para maior aprofundamento da questão, assim, é necessário olhar para além dos limites do ECA. E para potencializar nossa visão, utilizaremos no presente trabalho os “óculos” da Doutrina da Proteção Integral, incorporada à nossa normativa nacional com a ratificação, pelo país, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Assim, além da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, utilizaremos como referência parte da Normativa Internacional de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil, em especial, os Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riad), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), a Declaração dos Direitos da Criança, as Regras das Nações Unidas para proteção de Menores Privados de Liberdade, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2. Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e os tratados internacionais de direitos humanos

Inicialmente é necessário enfatizar o novo *status* atribuído, pela doutrina da proteção integral a todas as crianças e adolescentes brasileiros que, abandonando a condição de meros objetos da vontade estatal ou parental, incorporaram-se no sistema jurídico como sujeitos de direitos.

Ao atribuir, em decorrência do próprio texto constitucional (art.227 da CF⁶), a condição de **sujeitos de direitos** (civis, humanos e sociais, art. 15 ECA⁷) às crianças e aos adolescentes, a ordem jurídica nacional concedeu a estes sujeitos todas as prerro-

⁶ CF, Art. 227 *caput*: “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 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”.

⁷ ECA, art. 15: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”

⁸ CF, art. 5º (*caput*): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

gativas elencadas no art. 5^o da Constituição Federal, que trata dos direitos individuais e coletivos. Têm eles, infantes e jovens, todos os direitos dos adultos que sejam compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento que ostentam.⁹

De igual maneira, às crianças e adolescentes são assegurados direitos e garantias integrados ao nosso ordenamento jurídico através dos tratados internacionais, nos estritos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

E ainda que provenientes de tais fontes, estes direitos têm aplicação imediata, conforme dispõe o § 1º do citado artigo: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

É pacífico na doutrina que, havendo conflito entre normas constitucionais e tratados internacionais, prevalece o tratado quando for mais favorável do ponto de vista dos direitos e garantias.

Nesse sentido é a lição de Flávia Piovesan¹⁰:

(...) a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. Ressalta-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos apenas vem a aprimorar e fortalecer o grau e proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do Direito, sempre no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano. [grifei]

Assim, com as garantias¹¹ cidadãs da Constituição de 1988 e com as regras legais do Estatuto da Criança e do Adolescente que regulam essas garantias¹², vale

⁹ João Batista Costa SARAIVA. *Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Sócio-educativas*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 49.

¹⁰ Flávia PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, p.112-113.

¹¹ Segundo o Constitucionalista José Afonso da Silva “os **direitos** são bens e vantagens conferidas pela norma, enquanto as **garantias** são meios destinados a fazer valer esses direitos, instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens” (cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8. ed., São Paulo : Malheiros, p. 360).

¹² Péricles Prades denomina-os de **garantias constitucionais especiais**, correspondendo a direitos de caráter instrumental e expressando regras de segurança em matéria penal, tutelares de liberdade pessoal (cf. CURY, Munir e Outros (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentários Jurídicos e Sociais*. 4. ed., São Paulo : Malheiros, p. 336).

para o adolescente a regra da **presunção de inocência**^{13, 14} tradicionalmente assegurada aos adultos. Ou seja, quando for atribuída a prática de ato infracional, se houver provas ou indícios suficientes e válidos, o adolescente deve ser processado, para que no processo se apure sua responsabilidade. Provadas a autoria e a materialidade do ato infracional, somente aí o juiz poderá aplicar uma ou mais das medidas sócio-educativas (se compatíveis), cuja natureza é pedagógica, cumulando-as se for o caso com medidas protetivas.

3. Da especialização policial

O ECA, segundo Cerqueira e Prado¹⁵, não fala em momento algum do papel que se espera da instituição policial, nem tampouco traça orientação explícita sobre sua atuação na proteção e na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Não aproveita também as recomendações das Nações Unidas Regras de Beijing¹⁶, para a organização de contingentes especializados de polícia para o trato com os adolescentes:

Regra 12 – Especialização Policial¹⁷

12.1. Para melhor desempenho de suas funções, os policiais que tratam freqüentemente ou de maneira exclusiva com jovens ou que se dediquem fundamentalmente à prevenção da delinqüência de jovens receberão instrução e capacitação especial. Nas grandes cidades, haverá contingentes especiais de polícia com essa finalidade.

¹³ CF, art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁴ CDC, art. 40, nº 2, b, I: “que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: I) ser considerada inocente enquanto não comprovada sua culpabilidade conforme a lei.

¹⁵ Carlos Magno Nazareth CERQUEIRA, Geraldo PRADO. *A polícia diante da infância e da juventude : infração e vitimização*. Rio de Janeiro : Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 2000.

¹⁶ Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, adotadas pela Assembléia Geral - Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

¹⁷ “A regra 12 ressalta a necessidade de dar uma formação especializada a todos os funcionários encarregados de fazer cumprir a lei que intervenham na administração da justiça da infância e juventude. Como a polícia é o primeiro ponto de contato com o sistema da justiça da infância e juventude, é essencial que atue de maneira informada e adequada. Embora a relação entre a urbanização e o delito seja sem dúvida complexa, o aumento da delinqüência juvenil acompanha o crescimento das grandes cidades, sobre todo o crescimento rápido e planejado. Por conseguinte, são indispensáveis contingentes especializados de polícia, não só como garantia da aplicação dos princípios concretos previstos no presente instrumento (como a regra 1.6), como também, de forma mais geral, para melhorar a prevenção e repressão da delinqüência juvenil e o “tratamento” dos adolescentes infratores.” In: *Manual de Capacitação em Direitos Humanos para a polícia (ONU)*.

Na realidade nacional, em que convivem dois corpos policiais distintos, um de caráter civil investigatório (polícia judiciária) e outro de caráter militar e preventivo (polícia militar), a questão merece um enfoque diferenciado.

Entendemos necessária a especialização da polícia judiciária, em duas áreas específicas: na apuração e repressão da prática de ato infracional, de um lado, e, de outro, na investigação e repressão de crimes contra crianças e adolescentes, como os existentes por exemplo nos Estados de Pernambuco, Ceará, Pará e Rio de Janeiro..

Quanto aos profissionais que executam o policiamento ostensivo e preventivo, sustentamos que devem ser treinados periodicamente quanto aos procedimentos a serem adotados em situações nas quais adolescentes e crianças se encontrem em conflito com a lei penal.

Entendemos que, da mesma forma que a família e a sociedade em geral, a polícia tem por dever assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos elencados pelo Estatuto¹⁸. Para isto, deve também empenhar-se em evitar que a criança ou adolescente sejam objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹⁹.

Só para atender a esses propósitos, consagrados nos art. 4º e 5º do ECA, Cerqueira sustenta que já se justifica a organização de um órgão policial especializado, em torno do qual se podem organizar os programas policiais de prevenção.

A compreensão da parte do Estatuto que trata do **direito à liberdade**, ao **respeito** e à **dignidade** também é de especial importância para a atuação policial, não só pelo seu dever de garantir como também de promover direitos (ECA, art. 15 a 18). Assim deve ser pauta obrigatória na formação e nos códigos de ética dos policiais.

O **direito ao respeito**²⁰ envolve a questão da preservação da imagem, tão freqüentemente violada quando se trata de adolescente infrator. Aqui, tanto quanto o da polícia, é importante o papel da imprensa,²¹ em respeitar e, portanto, garantir o direito; o da polícia, em garantir e fazer respeitar, isto é, em promover o direito.

Do **direito à dignidade**²² decorre o dever de evitar tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório e constrangedor, algo também freqüentemente não observado nas ocorrências policiais envolvendo adolescentes. O policial tem o dever de respeitar e fazer com que seja respeitado esse direito.

¹⁸ V. ECA, art. 4º

¹⁹ V. ECA, art. 5º

²⁰ V. ECA, art. 17.

²¹ V. ECA, Art. 143 c/c 247; V. também CF, art. 5º LX.

²² V. ECA, art. 18

4. Da apreensão do adolescente

Da apreensão de ato infracional atribuído a adolescente²³, ²⁴, ²⁵

De acordo com o art. 106 do ECA nenhum adolescente poderá ser apreendido senão em flagrante de ato infracional ou por ordem judicial. Ao adolescente apreendido pela prática de ato infracional são asseguradas as seguintes garantias—direitos (PRADE, 2001):

- 1) garantia jurisdicional penal do juiz competente (juiz natural)²⁶
- 2) identificação dos responsáveis pela apreensão
- 3) informação acerca dos direitos

Quando da apreensão, obrigatoriamente deverá ser observado o art. 18 do ECA, que assegura ser “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Visando a proteger a dignidade do adolescente, o Estatuto proíbe que ele seja transportado em compartimento fechado de viaturas policiais, popularmente conhecidas por “camburões”²⁷.

Quanto ao uso de algemas, não impediu a lei, expressamente, seu uso²⁸. Todavia, considerando o constrangimento natural a que se submete o algemado (humilhação) e o prejuízo causado a sua imagem pública (situação vexatória), francamente contrários ao propósito edificante e educativo do Estatuto, seu uso há de ser reservado para casos extremos, não se justificando por mera presunção genérica de resistência à ordem policial de apreensão²⁹.

²³ ECA, Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

²⁴ “Determina a lei estatutária a aplicação subsidiária das legislações processuais civis ou penais, conforme o caso, como norma obrigatória, cuja inobservância acarreta nulidade. Terão aplicação, também, as normas gerais processuais que na legislação civil correspondem às disposições gerais do procedimento ordinário tratadas nos Livros I e II do CPC, bem como os procedimentos cautelares e de jurisdição voluntária; na defesa penal essas orientações gerais estão contidas no Livro I do CPP” (Liberati, 2003:155).

²⁵ Ao procedimento regulado na Seção V (Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente) do ECA, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas no CPP (V. ECA, art. 152) com exceção do sistema recursal (V. ECA, art. 198).

²⁶ ECA, art. 106 e CF, art. 5º incisos LXI, LXIII.

²⁷ Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade.

²⁸ No Código de Menores do Equador, proíbe o traslado de adolescentes mediante a utilização de algemas, in verbis: “art. 172 – Os membros da Polícia Nacional que efetuem a detenção de um menor deverão identificar-se, informar-lhe seus direitos e as causas da detenção” “Se proíbe o traslado de menores mediante a utilização de algemas, corda ou qualquer outro meio que atente contra sua dignidade e tão pouco poderá usar-se a pressão física ou psicológica”.

²⁹ Vide Projeto de Lei nº 2.753/2000 que disciplina o emprego de algemas por autoridades policiais (in www.camara.gov.br).

Sobre esse tema, assim se manifestou o Juiz Paulo Frota em seminário promovido pela Associação Beneficente São Martinho no Rio de Janeiro:

Se for preciso conter o garoto, é melhor fazê-lo pela algema do que pela bala ou pelo tapa, é muito mais vexatório dar um tiro no rosto, dar um tapa, ou um pisão para conter o menino que está drogado enquanto é apreendido por uma policial feminina, por exemplo.³⁰

Quanto à natureza do ato de apreensão de adolescente em flagrante de ato infracional, assim se manifesta o ilustre advogado Péricles Prade no seu livro *Direitos e garantias individuais da criança e do adolescente*:

Houve, no caput do art. 106, evidente adaptação do texto transcrito, já que, em relação ao adolescente, por ser inimputável, em se tratando de pessoa entre doze e dezoito anos (ECA, art. 2º), não pode ser preso em flagrante delito, ocorrendo, tão-só, flagrância de ato infracional, conquanto seja a correlata conduta anti-social descrita como crime ou contravenção.³¹

E mais adiante:

Se não há prisão em flagrante, o mesmo se dá com a prisão preventiva... cinge-se ao ato físico da simples apreensão (ECA, art. 107), decorrente da inimputabilidade. Em suma: Não são equiparados aos réus, adultos e imputáveis, sofrendo medidas sócio-educativas, isto é, sem caráter de apenação.

5. Pressupostos a serem observados no momento da apreensão

O Estatuto regula, com precisão, o procedimento a ser seguido pela autoridade policial na apuração de ato infracional atribuído a adolescente, reunin-

³⁰ In: *No mundo da rua – alternativas à aplicação de medidas sócio-educativas*. São Martinho, p. 132.

³¹ In: *Direitos e garantias individuais da criança e do adolescente*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1995, p. 12.

de elementos de convicção para que o Ministério Público adote uma das providências aludidas no art. 180 do ECA.³²

Ao ser apreendido, o adolescente deve ser conduzido à autoridade policial competente³³, que deverá tomar determinadas providências antes de apresentá-lo ao Promotor de Justiça.

O **primeiro pressuposto** a ser observado (SÊDA, 2000) é a verificação e a coleta de elementos de convicção que sinalizem a existência de um ato infracional, consoante definição do artigo 103³⁴ do Estatuto (conduta descrita como crime ou contravenção penal) e a possibilidade de atribuição da autoria deste ato ao jovem suspeito, decidindo, em suma, se a apreensão do adolescente³⁵ é ou não legal³⁶.

Como **segundo pressuposto** deve ser verificado se a apreensão se deu, de fato, em estado de flagrância de ato infracional³⁷ e se há elementos de convicção ao menos razoáveis para justificá-la (a flagrância). Essa cautela é imprescindível tendo em vista a ocorrência de casos de apreensão *sem flagrante* provado ou com flagrante de atos que não são *de caráter criminal*³⁸, sendo ilegal, portanto, a apreensão para averiguação ou por motivo de perambulação.

Constatada a situação flagrancial, o delegado deve verificar a identidade dos autores da apreensão³⁹, deve informar o adolescente de seus direitos e, *incontinenti*, dar conhecimento, à família ou pessoa indicada pelo adolescente, do local onde se encontra recolhido⁴⁰.

³² ECA, art. 180: “Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá: I – promover o arquivamento dos autos; II – conceder a remissão; III – representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.”

³³ ECA, art. 172: “O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente. **Parágrafo único.** Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em co-autoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria.”

³⁴ ECA, art. 103: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

³⁵ CF, LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

³⁶ ECA, art. 230: “Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.”

³⁷ CPP, art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam ser ele o autor da infração.

³⁸ Podemos afirmar que todo ato infracional corresponde a uma infração penal, embora nem toda infração penal corresponda a um ato infracional (ex: ato infracional análogo ao art. 352 do CP “Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa”. O adolescente não pode ser equiparado ao preso).

³⁹ V. ECA, art. 106.

⁴⁰ V. ECA, art. 107.

Deve também (parágrafo do artigo 107) “examinar desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de libertação imediata”. Todas essas exigências visam a resguardar a *presunção de inocência*.

Caso a prisão tenha se dado de forma ilegal, há duas coisas a fazer. Primeiramente, liberar o adolescente (relaxamento da apreensão). Neste caso, o adolescente foi alvo de abuso⁴¹ .⁴² e não poderia ter sido conduzido por meio de força à delegacia.

Esta conduta de apreensão ilegal pode ter desdobramentos administrativos, criminais e cíveis, ensejando inclusive o direito à reparação, porquanto de acordo com o § 5º do art. 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, toda pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação⁴³.

O segundo passo, necessário, será a instauração de inquérito para apurar a responsabilidade do autor ou dos autores da prisão indevida, no caso de dolo, face à incidência do crime previsto no artigo 230 do Estatuto. De fato, se a autoridade policial assente com a prisão ilegal, fora das hipóteses de flagrante, sem a observâncias das formalidades legais e sem ordem judicial, ela própria estará violando o disposto nos artigos 230 e 234⁴⁴ do Estatuto.

Sobre as condições necessárias à detenção de um adolescente, pronuncia-se a Convenção dos Direitos da Criança⁴⁵:

Artigo 37 – Os Estados-partes assegurarão que:

- a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte, nem a prisão perpétua, sem possibilidade de livramento, por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade.

⁴¹ casos de constrangimento ilegal e de ameaças também devem ser comunicados a Corregedoria da Polícia, do Ministério Público ou do Judiciário, conforme o caso.

⁴² V. Lei nº 4.898/95 (**Abuso de autoridade**): “art. 3º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: à liberdade de locomoção; (...) i) à incolumidade física do indivíduo.

⁴³ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Adotado pela Resolução nº 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24.04.1992. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6.7.1992. A partir daí, e nos estritos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁴⁴ Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata libertação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

⁴⁵ Mesmo dentro da Convenção sobre Direitos da Criança (1989) existe norma similar (art. 37, b), *impossibilitando a detenção arbitrária de adolescentes, inclusive prevendo a apreensão como medida a ser a todo custo evitada*.

- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança, será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.
- c) toda criança privada da liberdade seja tratada com humildade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada de adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais.
- d) toda criança privada sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

Segundo o ECA, as formalidades a serem cumpridas pela autoridade policial variam conforme seja o ato infracional praticado com ou sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Se houve grave ameaça ou violência à pessoa, a autoridade deve lavrar auto de apreensão e ouvir as testemunhas e o adolescente. Se necessário, deve requisitar exames ou perícias para eventual comprovação da materialidade e autoria da infração. Este cuidado maior justifica-se em razão de tais atos infracionais serem passíveis de ensejar a aplicação de medida sócio-educativa de internação (art. 122, inciso I). Nesta categoria incluem-se delitos como roubo (art. 157 do CP) ou estupro (art. 213 do CP).

Se não houve grave ameaça ou violência à pessoa (a lei é clara: não se trata de violência contra coisas, como prédios, portas, janelas, etc., mas contra pessoas), vale dizer, inexistindo grave ameaça ou violência, basta o simples boletim de ocorrência *circunstanciado* para formalizar o registro. Contudo, tratando-se de ato infracional que deixa vestígios, há se requisitar as devidas perícias. Veja-se que, neste caso, o ECA admite a apreensão em flagrante sem a necessidade da lavratura de auto de apreensão em flagrante.

O fato de o adolescente ter sido apreendido em flagrante não quer dizer que tenha ele de permanecer apreendido até eventual decisão judicial liberatória. Aliás, como dito, a regra é que o jovem seja, já na repartição policial, entregue aos pais, que assumirão o compromisso de apresentá-lo ao Promotor no primeiro dia útil seguinte. Ao estipular os critérios para a autoridade deliberar se é caso ou não de entrega do jovem aos pais, o ECA não fez referência à natureza (tipificação) do ato infracional praticado. Assim, a não-manutenção da privação de liberdade por força do flagrante é possível independentemente da espécie infracional típica atribuída ao jovem. Os critérios legais para decidir se é caso ou não de entregar o jovem aos pais são de aceção larga, o que deixa ao delegado grande margem de interpretação.

Diz o art. 174 da lei, com efeito, que a entrega aos pais será feita salvo se, 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. Note-se que os requisitos são cumulativos, de tal forma que devem estar presentes, necessariamente, a gravidade do ato infracional, MAIS sua repercussão social, MAIS pelo menos uma destas duas hipóteses: necessidade da custódia para garantia da ordem pública OU necessidade da custódia para a segurança pessoal do adolescente⁴⁶.

Caso presentes os pressupostos para a apreensão em flagrante e para a não-entrega do jovem aos pais, deve o delegado apresentar o adolescente desde logo ao promotor, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial deve encaminhar o adolescente a entidade de atendimento para que esta faça a apresentação ao Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas. Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação será feita pela autoridade policial, podendo o adolescente aguardar a apresentação em dependência separada da destinada a adultos, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo de vinte e quatro horas (artigos 174 e 175 do ECA).

6. Confissão na Delegacia

Ao adolescente também são assegurados os princípios constitucionais do **direito do silêncio e, como já frisado, da presunção da inocência**⁴⁷.

⁴⁶ Não se pode deixar de anotar a impropriedade de se legitimar a custódia de um cidadão sob pretexto da necessidade de garantir-lhe a segurança pessoal.

⁴⁷ V. CF, art. 5º XVII.

Seguindo o melhor caminho das declarações de direitos, a Constituição de 1988 traz em seu bojo, sobretudo no art. 5º, um rol considerável de instrumentos de refreamentos do poder estatal em face da liberdade individual.⁴⁸

Destaca-se a importância do denominado **direito ao silêncio** (*nemo tenetur se detegere*), pelo qual o suspeito deixa de ser considerado um objeto da investigação, passando a ser sujeito de direitos em todos os atos.

Nesse sentido, a Convenção sobre Direitos da Criança, no **artigo 40, nº 2 inciso IV** dispõe que os países signatários assegurarão à criança acusada da prática de delito o direito a:

IV) Não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação, bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições.

No mesmo sentido o Pacto de San José da Costa Rica também prevê expressamente:

Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se **presuma sua inocência**, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

⁴⁸ CHOUKR, *op. cit.*, p. 29.

No mesmo sentido, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, no art. 14, 2º, estabelece de forma explícita as garantias mínimas em favor de toda pessoa acusada da prática de um delito:

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a)** a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
- g)** a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

7. Conclusão

É importante reafirmar o relevante papel que os profissionais da polícia devem desempenhar na prevenção e repressão da delinquência juvenil. Todavia, o desempenho competente de tal missão é plenamente compatível com a estreita observância de todos os direitos do adolescente eventualmente alvo de sua ação. Aliás, jamais em nome da suposta garantia de segurança pública legitima-se o atropelo aos direitos individuais do cidadão. A ação policial, se não for balizada pelo respeito a estes direitos, não se legitima.

Assim, deve o Poder Público priorizar a capacitação permanente desses profissionais, instruindo-os quanto à normativa nacional e internacional no trato com crianças e adolescentes, além de propiciar condições materiais e técnicas para o bom desempenho de suas funções.

Bibliografia utilizada

- CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth, PRADO, Geraldo. *A polícia diante da infância e da juventude: infração e vitimização*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 2000.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais da investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2003.
- CURY, Munir, SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários jurídicos e sociais*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2002.
- CURY, Munir, MARÇURA, Jurandir Norberto, PAULA, Paulo Afonso de. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 2. ed. ver. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação sócio-educativa pública – inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 1998.
- FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- LIBERATI, Wilzon Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed. rev. ampl. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo : Malheiros, 2003.
- ASSOCIAÇÃO Beneficente São Martinho (Org.). *No mundo da rua – alternativas à aplicação de medidas sócio-educativas*. Rio de Janeiro : Casa da Palavra, 2001.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Alto Comisionado para los Derechos Humanos – Centro de Derechos Humanos. *Derechos Humanos y Aplicación de la ley. Manual de Capacitación en Derechos Humanos para la Policía*. Serie de Capacitación Profesional nº 5. Nueva York y Ginebra, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 4. ed. 2000.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdiccional diferenciada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- PRADE, Péricles. *Direitos e garantias individuais da criança e do adolescente*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1995.

REGRAS mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, adotadas pela Assembléia Geral - Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal juvenil adolescente e ato infracional – garantias processuais e medidas sócio-educativas*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado.

SÊDA, Edson. *O adolescente, o crime e o Conselho Tutelar*. Rio de Janeiro : Edição Adês, 2000. <http://members.tripod.com/edsonseda>, acessado em 02/10/2003.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. A nova justiça da infância e da juventude. In: *Estatuto da Criança e do Adolescente; estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros Editores.

Legislação nacional

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Saraiva, 20. ed. 1998.

CÓDIGO de Processo Penal. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

Legislação internacional

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Resolução n. 144 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.89. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 24.9.1990. Ratificada pelo Brasil em 24.09.90. Entrou em vigor no Brasil em 23.10.1990. Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990.

PRINCÍPIOS das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência juvenil (Princípios Orientadores de Riad). Doc. das Nações Unidas nº A/ CONF. 157/ 24 - Parte I em 1990.

REGRAS mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça juvenil (Regras de Beijing). Recomendadas no 7º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Milão em 26.08 a 06.09.85 e adotada pela Assembléia Geral em 29.11.85.

DECLARAÇÃO dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.59 e ratificada pelo Brasil.

REGRAS das Nações Unidas para proteção de menores privados de liberdade. Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 14.12.90.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. Adotada pela Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Assinada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

PACTO Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Adotado pela Resolução nº 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24.4. 1992. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6.7.1992.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral da Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data.

Lista de abreviaturas

art.	- artigo, artigos
cf.	- conforme
CF	- Constituição Federal
CDC	- Convenção sobre os Direitos das Crianças
CPP	- Código de Processo Penal
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	- <i>Habeas corpus</i>
v.	- Vide
c/c	- combinado com
cf.	- conforme

**EXEMPLO DE *HABEAS CORPUS* CONTRA PERMANÊNCIA
IRREGULAR DE ADOLESCENTE EM INSTITUIÇÃO PRISIONAL**

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFANCIA E JUVENTUDE
DA COMARCA DE

Habeas corpus
em favor de adolescente
com pedido de Liminar

URGENTE

FULANO DE TAL, (qualificação) residente e domiciliado na, vem, com apoiado no inciso LXVIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, e nos art. 185 §2º e art. 235 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), impetrar ***HABEAS CORPUS*** em favor do adolescente **BERTRANO DE QUAL**, o que faz pelas razões de fato e de direito que a seguir expõe:

INICIALMENTE roga pela aplicação dos benefícios do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, requerendo a **preferência de julgamento do presente recurso, assim como a dispensa de revisor**.

O adolescente **BERTRANO DE QUAL**, residente no Município Tal, a quem se atribui a prática de ato infracional ocorrida em ___/___/___, aguarda na delegacia local sua remoção para o Centro de Internação Provisória.

Em ___/___/___, expirou o prazo do aludido “acautelamento” provisório, vez que a Lei prevê, como limite máximo, o lapso temporal de cinco dias, para sua transferência, sob pena de responsabilidade:

Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 185 § 2º - Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de **cinco dias, sob pena de responsabilidade**.

Art. 235 – Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:

Pena – detenção de seis meses a dois anos.

Ora, o art. 185 da Lei 8.069/90 que trata da internação provisória, é claro ao dispor que ela não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional. E o §2º do mesmo artigo estabelece que o adolescente aguardará sua remoção, se for o caso, para um estabelecimento com as características do art. 123, inexistindo na

comarca entidade com tais atributos, pelo prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade. Não quer, pois, o Estatuto, de forma alguma, que o adolescente fique internado, ainda que provisoriamente, em estabelecimento prisional, mesmo que em ala diversa da dos adultos. Não pode haver afronta à determinação legal.

Ademais, a Lei 8.069/90 exige, em seu art.123, parágrafo único, o desenvolvimento de atividades pedagógicas durante o período de internação, ainda que provisória, o que, definitivamente, mostra-se incompatível com o local onde ora vem mantido o paciente.

Não sendo providenciada a remoção no prazo legal (**cinco dias**) o adolescente deveria ter sido colocado em liberdade, providência não promovida pela digna autoridade impetrada.

A manutenção de adolescente privado em liberdade em local inadequado configura notório constrangimento ilegal, como já se decidiu:

*Agravo - Prática de ATO INFRACIONAL análogo ao delito do art. 121, “caput”, do CP - **Internação provisória de menor infrator - Impossibilidade de cumprimento da medida em estabelecimento prisional**, ainda que em cela destinada especialmente para esse fim - Inteligência do art. 185 do ECA - Recurso desprovido. (Agravo Numero 1.0000.00.273068-7/000(1). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Relator do Acórdão: SÉRGIO RESENDE.Data: 29/08/2002).*

Crime de abuso de autoridade - Policial que prende menores e os conduz à delegacia algemados - Inexistência de estado de flagrância - Falta de mandado judicial - Violência física praticada contra os menores - Crime caracterizado - Afastamento da classificação penal pelos delitos previstos na Lei 9.455/97 - Condenação mantida - Pena já aplicada com benevolência - Recurso desprovido. (TJMG - Proc. nº 1.0000.00.147671-2/000(1) - Relator LUIZ CARLOS BIASUTTI - j. em 08/02/2000- publicado em 15/02/2000).

EMENTA: AGRAVO – INTERNAÇÃO PROVISÓRIA – ESTABELECIMENTO ADEQUADO – AUSÊNCIA – INVIABILIDADE DA MEDIDA – RECURSO DESPROVIDO. Ainda que se revele necessária a medida de internação provisória, a ausência de estabelecimento adequado inviabiliza o seu cumprimento, estando correta, portanto, a decisão do Magistrado que indeferiu o pedido ministerial de se decretar a medida.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - AGRAVO Nº 000.265.976-1/00 - COMARCA DE SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO – RELATOR DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES)

MENOR INFRATOR. PRISÃO ILEGAL. O menor infrator sujeita-se a normas de legislação especial, constituindo ilegalidade submetê-lo a prisão comum, e por mais tempo do que a lei permite o confinamento prévio. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE - Habeas corpus -Acórdão: 420/90 - Relator Des. Artur Oscar de Oliveira Deda – J. em 26/06/90 N. Recurso: 80/90)

Prisão ilegal de menor Concessão de habeas corpus - Recurso obrigatório - Desprovemento. É ilegal a detenção de menor de 18 anos, quando feita em franca discordância com as determinações do Estatuto da Infância e do Adolescente. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA - Rev. do FORO v. 89 p. 217 rel. Des. Manoel Taigy Filho - Recurso Criminal Ex-Officio)

Habeas corpus – Internamento provisório – Cumprimento em estabelecimento prisional, por prazo superior a cinco dias. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 185 e parágrafos da Lei 8069/90. “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 dias. Excedido esse prazo, sem ter sido efetivada a remoção, impõe-se a liberação do adolescente”. A internação não pode ser cumprida em estabelecimento prisional, devendo o infrator, se inexistente na comarca entidade exclusiva com as características definidas no art. 123 do ECA, ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima. Excepcionalmente, sendo impossível a pronta transferência, o adolescente poderá aguardar sua remoção em repartição policial, por prazo não superior a cinco (5) dias (art. 185, parágrafos). Como ensina José Luiz Mônaco da Silva... “o decurso desse prazo, sem o devido cumprimento, ocasionará a liberação do adolescente, pouco importando a natureza do ato infracional praticado” (cf. “Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários”, pág. 316 – RT – 1994)” (in Biblioteca

dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência vol. 1/97 HC 95.1490-4, TJPR, rel. Des. Carlos Hoffmann, j. 4/12/95).

A decisão acima indicada lastreou-se em parecer bem fundamentado da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Paraná: “Prevê o Estatuto, como regra geral, a transferência imediata, reclamando das autoridades iniciativas tendentes a prontamente encaminhar o adolescente a instituição adequada. Somente naqueles casos de manifesta impossibilidade, excepcionalmente e pelo prazo improrrogável de cinco dias, permite a lei que o adolescente aguarde a remoção em estabelecimento prisional de adultos, inclusive delegacias de polícia, desde que em local apropriado e isolado dos imputáveis (artigo 185, caput e §§). Não sendo providenciada a remoção no prazo legal (cinco dias), o adolescente deverá ser colocado em liberdade. Neste sentido, ao analisar a internação provisória, leciona JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA, in Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, página 316: “Não havendo possibilidade de o adolescente ser imediatamente transferido para outra localidade, seja em razão da falta de veículo, seja em virtude de outro motivo ponderável, nada impede que ele permaneça em repartição policial, em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, pelo prazo máximo de cinco dias, findo o qual será prontamente removido... o decurso desse prazo, sem o devido cumprimento, ocasionará a liberação do adolescente, pouco importando a natureza do ato infracional praticado” (grifamos). Comungando da mesma tese: PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentário Jurídicos e Sociais –, 2º ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1992, páginas 519/520; WILSON DONIZETI LIBERATI, in O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários, IBPS e Marques Saraiva Gráficos e Editores, 1991, página 129. (...).Conseqüentemente, como a MM. Magistrada indica que há mais de cinco dias encontra-se o adolescente “custodiado na Delegacia de Polícia local, separado dos demais detentos” e está “a disposição deste Juízo” (v. fls. 77), caracterizada a coação ilegal, a ser cessada mediante a concessão da

ordem impetrada. Por derradeiro, quanto ao tópico, friso que há entidade destinada ao cumprimento da internação provisória funcionando nesta capital, conforme se constata no Regimento Interno do Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Infrator – CIAADI – (artigo 4º, § 2º)”.

Assim sendo, segundo a norma prevista no inciso LXVIII, do artigo 5º, da Constituição da República, o Paciente está sofrendo constrangimento ilegal, fazendo jus seja o mesmo imediatamente sanado por meio do remédio heróico.

Do pedido

Tendo em vista o acima exposto e restando demonstradas a veracidade das alegações através dos documentos acostados a esta inicial e a plausibilidade jurídica das mesmas, o que conduz à probabilidade de concessão final do *writ* requer-se seja CONCEDIDA A LIMINAR para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da presente, sendo, ao final CONCEDIDA A ORDEM em favor do adolescente para que cesse a coação à liberdade de locomoção a ele imposta ilegalmente.

Requer ainda que a presente ação seja distribuída com urgência e prioridade, atendendo assim ao que determina o artigo 4º, parágrafo único, alínea c, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual a garantia de prioridade da criança e do adolescente compreende a precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.

Nestes termos, espera deferimento.

A PRESENÇA DO ADVOGADO EM TODOS OS ATOS

Francisca de Assis Soares

Advogada do Centro de Defesa Ezequiel Ramim – São Paulo

Tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram a defesa técnica por advogado e a assistência judiciária gratuita e integral sempre que uma criança ou adolescente for submetido a um processo judicial.

A Carta Magna estabeleceu que ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente e que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal. Nas palavras de Alexandre de Moraes, isto

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 exposto. (Constituição do Brasil Interpretada, p. 360)

Celso Ribeiro Bastos lembra que

o direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito. Por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. Colima-se, portanto, a aplicação da lei. (Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, p. 261)

Cabe ao advogado, portanto, exigir a observância do devido processo legal. Deve estar, assim, a par de todas as garantias que o compõem, desde as gerais (que acodem todo cidadão) até as mais específicas (destinadas aos adolescentes).

Sua atuação inicia-se já na delegacia¹, quando vigiará o respeito a todos os

¹ “Ato infracional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Nulidade. Presença de advogado e laudo. Atendendo-se aos termos do Estatuto da Criança

direitos atribuídos ao adolescente apreendido, intercedendo para que não passe por situações vexatórias, não seja conduzido inadequadamente nas viaturas policiais, tenha sua apreensão comunicada aos pais e não sofra violência de qualquer tipo.

O passo seguinte consiste em acompanhar o jovem à oitiva informal com o Ministério Público (art. 179 do ECA). Segundo a lei, deve o Promotor ter contato pessoal e direto com o adolescente logo após sua passagem pela polícia. É previsto que ouça o suspeito, sua família, vítimas e testemunhas e, somente após, decida se irá postular a instauração de ação sócio-educativa ou não, podendo, neste último caso, requerer o arquivamento ou conceder remissão como forma de exclusão do processo.

Esta fase é ainda pré-processual, uma vez que o procedimento tem início apenas após a representação ministerial. O entendimento predominante, por isto mesmo, é no sentido de que a presença do defensor ainda não se faz necessária neste momento. A prática diária, todavia, mostra que uma boa defesa nesta fase é primordial. Assessorado por um defensor, o jovem terá melhores condições de convencer o Promotor de que nem precisa ser processado (remissão) ou de que, no mínimo, pode aguardar o julgamento em liberdade, a partir da apresentação de provas de que estuda, trabalha, possui respaldo familiar ou é assistido de alguma instituição.

Não sendo caso de arquivamento ou de remissão, o procedimento de apuração de ato infracional é inaugurado com o oferecimento da representação pelo Promotor recebida pelo Juiz, que no mesmo ato designa audiência de apresentação, ordenando a citação do adolescente.

A atuação no âmbito judiciário inicia-se com a outorga de mandato (procuração *ad judicium*), que será dispensado quando se tratar de defensor nomeado ou constituído pela parte em ato formal com a presença da autoridade judiciária. O procedimento de apuração e ato infracional praticado por adolescente corre em segredo de justiça, de modo que o advogado não poderá ter acesso aos autos sem que regularmente se faça neles representar.

Se o adolescente tiver menos de dezesseis anos, ele será representado no ato de outorga de mandato, sendo a procuração subscrita pelos genitores ou responsáveis legais. É suficiente que um de seus genitores ou representantes legais outorgue o instrumento de mandato (RT, 606:151, 575:205, 573:196, 561:91). O adolescente que contar com idade entre dezesseis e dezoito anos deve subscrever o instrumento de procuração devidamente assistido por seus genitores ou responsáveis legais (os

e do Adolescente, tem-se por nulo o processo quando o representado não se fizer acompanhado de advogado quando de sua prisão. Da mesma forma, imprescindível a realização de estudo interprofissional, devendo ser apresentado o aludido pela equipe técnica.” (AC 70000820613, 8ª Câmara Cível, TJRS, em 14.09.2000).

dois assinam). Acima de dezoito anos, basta que o jovem firme a procuração.

Caso o adolescente tenha um defensor de sua preferência mas não conte com a presença de seus pais ou responsável para representá-lo ou assisti-lo na outorga do mandato, mesmo assim o advogado poderá e deverá intervir nos autos. A solução para esta questão – bastante comum em entidades que defendem direitos de crianças e adolescentes em situação de rua – não é pacífica. O defensor deve colher a assinatura do adolescente na procuração e explicar ao juiz que seu cliente se encontra momentaneamente privado de representante legal. Caso o magistrado repute irregular a representação processual, o defensor deve explicar o vínculo que o liga ao jovem e pedir ao juiz que o nomeie também curador especial do adolescente representado, nos termos do art. 9º, I, do Código de Processo Civil². A curatela, que dispensa maiores formalidades, é deferida com a finalidade específica de regularizar a representação processual.

Uma boa defesa pressupõe que o advogado crie e mantenha um vínculo de confiança com o adolescente e sua família, e que conheça os recursos da comunidade, os quais podem ser oferecidos ao juiz como alternativa a regimes sócio-educativos mais severos.

A gravidade do ato infracional não deve ser o único parâmetro para a imposição da medida. Cabe ao defensor levar aos autos provas que demonstrem a desnecessidade de uma medida mais gravosa por conta das condições pessoais favoráveis que possua adolescente representado³. A definição da medida deve observar os parâmetros do art.112, §1º do ECA (gravidade do ato, circunstâncias do caso e capacidade de cumprimento) mais os requisitos dispostos no art. 100 do Estatuto (aplicável às medidas sócio-educativas em razão do disposto no art. 113): *na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários*. Assim, ainda que tenha praticado infração grave, não deve ser o adolescente internado se a medida não se revelar necessária do ponto de vista pedagógico. Deve ser

² Art. 9º: “O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele”.

³ Confira por exemplo este Julgado, onde, não obstante tratar-se de latrocínio, a medida eleita foi a semiliberdade em razão das condições pessoais do adolescente: ECA - PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL DESCRITO NA LEI PENAL COMO LATROCÍNIO, NA FORMA APENAS TENTADA - MENOR SEM REGISTRO DE PASSAGENS ANTERIORES PELA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE - APELO IMPROVIDO. SENDO IMPOSTA A ADOLESCENTE, PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES, QUE TEM APOIO DE SEUS FAMILIARES NO PROCESSO DE SUA RECUPERAÇÃO, MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE, E SOBREVINDO RECURSO DO PARQUET EM QUE É PRETENDIDA A SUBSTITUIÇÃO DAQUELA MEDIDA PELA DE INTERNAÇÃO, ANTE À GRAVIDADE DA INFRAÇÃO PRATICADA, É DE SER MANTIDA A SENTENÇA MONOCRÁTICA, PORQUANTO A INTERNAÇÃO DEVE FICAR RESERVADA AOS CASOS EXTREMOS, QUANDO OUTRA MEDIDA NÃO SE MOSTRE ADEQUADA À REEDUCAÇÃO DO MENOR, HIPÓTESE, SEGURAMENTE, NÃO OCORRENTE IN CASU (TJDF - APELAÇÃO APE19896 DF -Nº do acórdão: 115140 - j. em 06/05/1999 2ª Turma Criminal - relator COSTA CARVALHO).

lembrada a necessidade de o juiz, sempre, considerar o adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 6º e 121, *caput*, do ECA) devendo contextualizar o ato infracional nesta etapa transitória que atravessa rumo à vida adulta.

Após a aplicação da medida, seja qual for, persiste a necessidade do acompanhamento da defesa, devendo ser mantido o vínculo com o jovem e sua família até a extinção final do processo de execução. Neste momento, o que se deve discutir são as aquisições do jovem ao longo do processo sócio-educativo. A cessação das medidas, sobretudo as com prazo indeterminado (internação e semiliberdade) não deve ser decidida segundo a gravidade do ato infracional.

No curso do processo de internação, além de orientações frequentes aos jovens, deve o defensor conscientizar a família de que ela é peça importante para o abreviamento da privação de liberdade. Deve, assim, dentro de suas possibilidades, cuidar para que os responsáveis pelo adolescente se organizem de modo a receber o adolescente em condições mais apropriadas do que aquelas vigentes por ocasião da prática infracional, contando sempre com os recursos da comunidade.

Quando o adolescente não possui bom respaldo familiar ainda assim devem ser buscadas alternativas à privação de liberdade. Um exemplo comum é, no caso de dependência química, postular o encaminhamento do adolescente a uma clínica de tratamento de drogadição, o que poderá ser viabilizado de forma mais célere caso o defensor diligencie no sentido de identificar equipamento capaz de receber o jovem.

Outra importante função do defensor no processo de execução, além de zelar pela observância do princípio da brevidade da medida, é cuidar para que os direitos dos jovens privados de liberdade previstos no art. 124 do ECA e as obrigações das entidades de internação listadas no art. 94 da mesma lei sejam rigorosamente observadas. Mesmo estando privado de liberdade, o adolescente mantém o gozo de todos os seus demais direitos, em especial o direito ao respeito e à dignidade.

Cabe ao advogado, assim, denunciar as situações de maus tratos e tortura que eventualmente possam ocorrer no interior das Unidades de Internação, delegacias, escolas e outros estabelecimentos públicos e privados. Neste sentido, é essencial manter um relacionamento direto com a Ouvidoria da Polícia, a Corregedoria da Polícia, Conselhos Tutelares, Ministério Público, além de outros órgãos governamentais e organizações não governamentais, nacionais e estrangeiras competentes para receber e processar as denúncias.

O Estatuto tornou as crianças e os adolescentes sujeitos de direitos, sendo que a defesa de tais direitos deve ser tratada como prioridade absoluta. Ser sujeito de direito também significa possuir capacidade jurídica e social, significa ser portador de vontades e deveres. As mesmas vontades que todos possuem (sucesso

profissional, vida digna, estabilidade familiar), mas também os deveres inerentes à cidadania (em especial, o de respeitar o direito alheio).

Tratando-se os adolescentes de “pessoas em desenvolvimento” físico, psicológico e moral, que não conhecem plenamente seus direitos para exigir sua efetivação, há sempre embutido no trabalho do defensor certo caráter de educativo. As entrevistas do defensor com o jovem, desde que não desnature a essência do trabalho defensivo, podem e devem, sempre que possível e oportuno, consistir numa pedagogia da cidadania, com esclarecimento de direitos e conscientização de deveres.

Nessa linha, o desenvolvimento do trabalho da defesa de forma competente e comprometida, por si somente, tem claro efeito pedagógico. Através do exemplo, mostra o defensor ao jovem que ele teve direito de se defender, que sua versão foi ponderada no curso do procedimento, que os dois lados da questão foram considerados pelo magistrado. Ao lutar pelo respeito aos direitos do adolescente, o advogado transmite ao jovem a idéia de que direitos e deveres existem para serem observados.

Em suma, após o advento do ECA, o Direito à participação de defensor mostra-se indispensável no procedimento de apuração de ato infracional. E nesta linha já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Recebida a representação foram tomadas as declarações dos dois menores envolvidos, tendo ambos informado que não tinha advogado. Apesar disso deixou o Magistrado de nomear defensor e desde logo proferiu despacho determinando a manifestação do Ministério Público, após o que proferiu a sentença ora recorrida. No despacho de sustentação invocou precedente desta Câmara relativo à ordem de *Habeas corpus* n. 12.564-0, no qual ficou ressalvado que o bem do menor “se sobrepõe ao culto do formalismo” (RT 668/258), cumprindo ponderar todavia, que a decisão mencionada cuidava apenas de medida cautelar de internação prévia do infrator, enquanto na espécie houve a prolação de sentença. Diante disso deve-se convir que o informalismo que caracteriza a jurisdição de menores não vai a ponto de derogar os princípios básicos estabelecidos nos artigos 111, n. III, e, 186, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que asseguram a garantia da defesa em casos de representação do Ministério Público por

fatos graves. Assim, violados que foram os preceitos legais acima referidas é de se anular o procedimento desde o despacho, a fim de se dar vista dos autos ao Doutor Advogado só posteriormente designado.” (TJSP – Acv 14.188-0 – Rel. Lair Loureiro – RJTJSP 136/219)

Uma última palavra. Não obstante forte corrente com entendimento diverso, sustentamos que advogados dos CEDECAs (Centros de Defesa da Criança e do Adolescente) que atuam prestando assistência judiciária gratuita e integral, conforme o disposto no artigo 111, inciso IV do ECA, ou seja, suprimindo uma carga funcional do Estado, gozam das garantias outorgadas a defensores públicos, em especial a do prazo em dobro para a prática de todos os atos.

ADVOGADO – Assistência judiciária – Contagem em dobro de todos os prazos legais – Admissibilidade, uma vez que o causídico, ao suprir a função do Estado, cumpre encargo equivalente ao do Procurador – Inteligência do art. 5º, § 5 da lei nº 1.060/50. O advogado que presta assistência judiciária, suprimindo a função do Estado, cumpre cargo equivalente ao do Procurador; conta-se em dobro todos os seus prazos legais, conforme disposto no art. 5º, § 5 da lei nº 1.060/50. (1º TACIVEL – 4ª Câmara; AI do art. nº 758.126-0 – Avaré; Rel. juiz Oséas Davi Viana; j. 22.10.1997; v.u.)

O advogado credenciado que, sem ser funcionário público integra serviço organizado pelo Poder Público e, por integrá-lo, pode ficar sujeito à mesma carga excepcional de trabalho que os Defensores Públicos ou Procuradores do Estado, tem, portanto, direito à intimação pessoal e contagem de prazos em dobro.” (TJSP – Rec. – Rel. Dante Busana – j. 19.06.97 – RT 745//553)

Bibliografia

- CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.
- LIBERATI, Wilson Donizetti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente..
- SOTTO MAYOR, Olympio. “Das Medidas Sócio-Educativas”. In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:
- FRANCO Alberto Silva e outros, Leis Penais Especiais e sua interpretação Jurisprudencial,
- KAWAMURA, Karlo Koiti. Atuação do Ministério Público no Procedimento de apuração de Prática de Ato Infracional.
- CURY, GARRIDO E MARÇURA. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado.
- MILANO FILHO, Nazir David. Da apuração de Ato infracional e a Responsabilidade Civil da Criança e do Adolescente.
- VALENTE, José Jacob. Estatuto da Criança e do Adolescente à Luz da Jurisprudência.
- SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. Adolescente e Ato Infracional.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.
- ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada.

A OITIVA INFORMAL E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

André Hespanhol e Francisca de Assis Soares

Advogado da Organização de Direitos Humanos Projeto Legal – Rio de Janeiro

Advogada do Centro de Defesa Ezequiel Ramim – São Paulo

1. Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 179, prevê a apresentação do adolescente ao Promotor de Justiça como etapa intermediária entre as fases policial e judicial do procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente.

Ultimada a tarefa da autoridade policial, o passo seguinte é a apresentação pessoal do jovem suspeito ao representante do Ministério Público. Se foi apreendido em flagrante sem entrega aos pais pela autoridade policial, deve o adolescente, após as formalidades legais, ser encaminhado diretamente ao Promotor de Justiça ou para eventual entidade oficial incumbida de promover a apresentação ao Ministério Público. Na hipótese de entrega aos pais, assumem eles, por termo, o compromisso de apresentá-lo ao Promotor de Justiça no primeiro dia útil seguinte.

Assim dispõe o 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.

Diferentemente do que se passa no âmbito do Direito Penal dos adultos, em que a denúncia ou eventual pedido de arquivamento é apresentado pelo Promotor, considerando unicamente os registros escritos do expediente policial, no Direito Infracional, antes de decidir o encaminhamento do caso deve o representante ministerial ouvir pessoalmente o jovem suspeito e, se possível, vítimas e testemunhas. Após tal oitiva, decidirá o Promotor de Justiça entre três possibilida-

des: o arquivamento, a concessão de remissão como forma de exclusão do processo ou o oferecimento de representação (peça análoga à denúncia criminal).

A possibilidade de o Ministério Público conceder remissão como forma de exclusão do processo certamente é um dos motivos pelos quais a lei previu a apresentação do jovem e seus responsáveis, pessoalmente, ao Promotor de Justiça. Isto porque, para decidir sobre o cabimento ou não da remissão, deve o representante ministerial aferir diversas circunstâncias¹, ordinariamente não apuradas pela autoridade policial, como a personalidade do jovem suspeito e o contexto social em que ele vive.

O contato direto do jovem – e se possível de vítimas e testemunhas - com o Promotor também se mostra capaz de fornecer subsídios acerca da plausibilidade da imputação advinda da polícia, evitando o ajuizamento de procedimentos inócuos e desnecessários e por isto francamente constrangedores para a pessoa em desenvolvimento.

Por fim, com a apresentação do jovem ao Promotor de Justiça logo após sua passagem pela Delegacia de Polícia, supôs o legislador que a atividade policial pudesse ser submetida a um maior controle, inibindo a histórica violência direcionada em face de adolescentes suspeitos da prática de ato infracional.

Estas três razões, agregadas a muitas outras, inspiraram a inovadora imposição legal. Justamente porque através deste encontro o jovem pode livrar-se de um procedimento judicial (convencendo desde logo sobre sua inocência ou sobre a desnecessidade de atendimento sócio-educativo), tem-se entendido que a oitiva informal é absolutamente imperiosa, jamais podendo ser dispensada e erigindo-se como verdadeira garantia processual outorgada ao adolescente processado. Seria, assim, até porque o dispositivo legal é imperativo (o Promotor “promoverá”), elevada à condição de procedibilidade da ação sócio-educativa.

Nesta linha é, por exemplo, o entendimento esposado no acórdão, abaixo, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação criminal nº 98.012471-9. DES. RELATOR: Jorge Mussi. 27.10.1998:

ADOLESCENTE — ATO INFRACIONAL — REPRESENTAÇÃO OFERTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM A OITIVA PRÉVIA DO MENOR ENVOLVIDO, SEUS PAIS OU RESPONSÁVEIS — FRUSTRAÇÃO DA

¹ 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.

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. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.

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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n. 98.012471-9, da comarca de Timbó (Vara da Infância e Juventude), em que é apelante a Justiça, sendo apelado L. L. S.: “A C O R D A M, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso ministerial”.

1 - Na Comarca de Timbó (Vara da Infância e da Juventude), o Órgão Ministerial ofertou representação contra L. L. S., por suposta violação ao art. 155, **caput**, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, consoante se infere da peça vestibular de fls. 2:

(...) no dia 06 de maio de 1.995, por volta das 15:00 horas, o representado invadiu o porão do estabelecimento Drogaria e Farmácia Catarinense S. A., sito na Avenida Getúlio Vargas, nesta cidade, e apoderou-se de uma moto Yamaha DT-180, placa TI-180, pertencente a Osmar Dadam, e com uma chave micha, deu partida ao motor, pois pretendia evadir-se. A vítima, que trabalha no estabelecimento mencionado, ao ouvir o ronco do motociclo, percebeu que se tratava daquele de sua propriedade, motivo pelo qual, postou-se junto à saída e logrou agarrar o menor e impedir o furto.

A moto não restou danificada, nem a vítima teve outro prejuízo a ser reparado.

O representado já cometeu outros delitos da espécie.

Concluída a instrução, o feito foi declarado extinto, ante o reconhecimento de nulidade absoluta, eis que não foi observado pelo representante do *parquet a quo* o estabelecido no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por outro lado, foi acolhida a possibilidade da concessão de remissão e afastada, desde logo, a cumulação com medida sócio-educativa.

Inconformado com o teor do decidido, o Ministério Público recorreu em sentido estrito, tempestivamente, forte no art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pleiteando a reforma do *decisum* que decretou a extinção do feito pela ocorrência de nulidade, sob o argumento de que posteriormente foi cumprido o determinado pelo art. 179 da Lei n. 8.069/90, não restando qualquer prejuízo ao adolescente representado. Aduziu, ainda, a indiscutível necessidade da aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida.

Rebatido o recurso e mantida a decisão, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, pelo afastamento da nulidade e, no mérito, pela manutenção da sentença atacada.

É o relatório.

2 - Não merece ser provido o recurso ministerial, porquanto efetivamente ocorreu a nulidade absoluta da representação, eis que foi apresentada pelo Ministério Público e recebida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Timbó sem observância das providências estabelecidas no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, findando definitivamente em ofensa ao princípio da garantia constitucional do *due process law*, disposto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, do qual o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação e o juiz natural constituem aspectos complementares.

Extrai-se dos autos que o menor L. L. S. foi representado ante a conclusão de inquérito policial, pertinente à ocorrência que caracterizaria violação ao art. 155, *caput*, c/ art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, sujeito, portanto, à medida sócio-educativa.

Todavia, não foi previamente cumprido o estatuído no art. 179 da Lei n. 8.069/90, vez que, com base unicamente naquela peça, o Órgão Ministerial ofertou representação contra o apelado, sem antes proceder a imediata oitiva do adolescente, seus pais ou responsáveis, vítima ou qualquer outra testemunha.

O *caput* do dispositivo mencionado preceitua que:

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 antece-

dentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva, e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Tocante à matéria, Alberto Silva Franco *et alii*, ao citarem julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assinalou:

O novo estatuto da Criança e do Adolescente, abolindo o informalismo anterior, estabeleceu regras cogentes, que não podem ser desobedecidas, iniciando-se o procedimento com a apresentação do menor ao Ministério Público (art. 171), para prosseguimento, arquivamento ou remissão, em fases claramente determinadas, que não podem ser dispensadas ou sacrificadas. A regular tramitação do feito visa garantir os direitos do inimputável, assegurando-lhe julgamento completo e escoreito. (in “Leis Penais e sua Interpretação Jurisprudencial”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 352).

Prosseguindo, destacou:

E não é sem razão que o primeiro dispositivo (art. 179) impõe, como diligência obrigatória do Ministério Público, a oitiva do menor, e sendo possível, de seus pais ou responsáveis, vítima e testemunhas. É que do resultado dessa audiência e da avaliação que dela resultar, adotará o Ministério Público, por força do art. 180 do ECA, uma das três providências ali enumeradas, podendo: promover o arquivamento dos autos (I), conceder a remissão (II) ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa (III).

E continuando, acrescentou que:

O estatuto foi concebido como uma verdadeira doutrina dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente, dispondo já em seu art. 1º que a lei que o aprovou tem por objetivo dar ‘proteção integral à criança e ao adolescente’, levando sempre em consideração sua situação peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Ora, como se infere do entendimento doutrinário, o cumprimento do disposto no art. 179 da Lei n. 8.069/90 é de suma importância, posto que o Ministério Público, assim procedendo, poderá, após avaliação, manifestar-se sobre o arquivamento ou quanto à concessão de remissão ao menor infrator, sem findar no oferecimento de representação, veja-se:

A oitiva informal, que é o primeiro contato com o adolescente, permitirá ao Curador da Infância e da Juventude fazer uma avaliação preliminar do caso, bem como da personalidade do envolvido.

Com razão, observa Luiz Edmundo Labanca que:

A verificação informal, à vista das informações dos antecedentes do adolescente e da importância e gravidade de sua conduta, tornará mais ágil e eficiente a correta aplicação desta lei, haja vista que poderá (art. 126) o M. P., ouvido o adolescente, arquivar os autos ou conceder-lhe a remissão em decisão motivada. (ROBERTO JOÃO ELIAS, in: *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo : Saraiva, 1994, p. 156).

O mesmo autor, ainda assinalou:

“Realmente, o referido procedimento é adequado não só porque evita delongas desnecessárias, como também, o que deve ser ressaltado, constrangimentos que poderiam afetar psicologicamente o adolescente inocente ou o que tivesse praticado algum ato sem grande relevância.” (*op. cit.*).

E a jurisprudência não discrepa:

MENOR — Representação — Não recebimento — Admissibilidade — Ausência de oitiva do adolescente — Providência obrigatória — Aplicação do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Recurso não provido. Frente à imperatividade do comando do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a dispensa apressada

da audiência nele prevista significará, sem dúvida, obstáculo a que o menor veja discutida a possibilidade de obter remissão ou mesmo o arquivamento do processo (Ap. crim. n. 17.778-0, de Campinas/SP, Rel. Dirceu de Mello, j. em 28.7.94).

No mesmo diapasão, cita-se julgado desta Colenda Câmara Criminal, publicado na última Revista dos Tribunais:

ADOLESCENTES — ATO INFRACIONAL — REPRESENTAÇÃO, DESDE LOGO, SEM OITIVA DOS ENVOLVIDOS, SEUS PAIS OU RESPONSÁVEIS — ART. 179, DA LEI N. 8.069/90 (ECA) — PROCEDIMENTO OBRIGATÓRIO — OFENSA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL — NULIDADE — ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A cláusula constitucional do devido processo legal garante, em direito processual, que todos os atos, em resposta aos impulsos das partes, devem estar previstos em lei.

Viola a garantia do devido processo legal o oferecimento de representação pelo Ministério Público contra adolescentes possíveis infratores, desde logo, sem oitiva dos mesmos, seus pais ou responsáveis, quando tal providência é exigida pelo disposto no art. 179, do ECA.

O art. 179, do ECA, contém norma cogente ('procederá'), que não dispensa a audiência nele prevista; se assim não ocorrer haverá obstáculo a que os menores veja discutida a possibilidade de obter a remissão ou mesmo o arquivamento do processo.

Por isto é "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) (HC n. 98.001684-3, da Capital, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 17.3.98 — RT 754/706).

E mais:

MINISTÉRIO PÚBLICO — Representação — Oferecimento sem a oitiva do menor — Inadmissibilidade — obrigatoriedade em face do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Representação rejeitada — Recurso não provido.

É exato, como *dominus litis*, tem o Promotor o seu livre convencimento, mas este, pela própria definição legal da norma do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não será completo sem a prévia e ainda informal oitiva do menor e dos demais envolvidos no ato infracional” (Ap. crim. n. 17.781-0, de Campinas/SP, Rel. Nigro Conceição, j. em 9.2.95).

Ainda desta Corte de Justiça, citado, inclusive, pelo *decisum* monocrático:

Estatuto da Criança - Interpretação do artigo 179 - Obrigatoriedade da inquirição, pelo Promotor de Justiça, do adolescente, pais ou responsáveis, testemunhas e vítima, antes do oferecimento da representação - Preterição da formalidade - Nulidade - Recurso desprovido” (Ap. crim. n. 28.830, de Campos Novos, rel. Des. Márcio Batista, p. no DJSC n. 8.609, de 23.10.92, p. 12).

E do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MENOR — Representação por prática de ato infracional — Rejeição — Admissibilidade — Promotor que não ouviu prévia, imediata e informalmente o adolescente — Procedimento indispensável para a formação de convicção do Promotor de Justiça — Artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Recurso não provido.

Na busca dos elementos circunstanciais do fato, tendo em vista, principalmente, a possibilidade do Promotor de Justiça de promover o arquivamento dos autos ou conceder, desde logo, a remissão como força de extinguir o processo, não pode ele deixar de entrevistar-se com o menor e com os

demais envolvidos (Ap. crim. n. 19.107-0, de Itu/SP, Rel. Ney Almada, j. em 15.12.94).

No mesmo sentido, vê-se decisão do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

MENOR. PROCESSO INFRACIONAL. NULIDADE DO PROCESSO.

Ciência aos pais ou responsáveis do menor infrator, antes do interrogatório deste, imprescindível, assim como interrogatório sempre com assistência de defensor constituído ou nomeado pelo Juiz. Ausência de tais cautelas constituem nulidade absoluta, decretável *ex officio*, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (Ap. crim. n. 594132978, Rel. Des. Pres. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. em 21.12.94).

E ainda:

PROCEDIMENTO DESTINADO À APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL PRATICADO POR ADOLESCENTE.

Nulidade do processo. Ausência de ciência dos pais quanto à representação e ausência de defensor na audiência de apresentação” (Ap. crim. n. 594132078, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Pres. Waldemar Luiz Freitas Filho, j. em 19.10.94).

Também deste Sodalício:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE ESSENCIAL. NULIDADE DECRETADA.

A providência de que trata o artigo 179 da Lei n. 8.069/90, a anteceder quaisquer das elencadas no artigo 180 e incisos do referido Estatuto, não se constitui em mera faculdade, mas ato obrigatório, portanto da essência do procedimento” (Ap. crim. n. 29.423, de Chapecó, rel. Des. Ayres Gama, p. no DJSC n. 8.894, de 23.12.93, p. 2).

Por derradeiro:

MENOR — Declarações — Colheita pelo Ministério Público — Admissibilidade — Hipótese de medida cogente disposta no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — recurso provido nesse sentido” (Ap. crim. n. 13.534-0, Presidente Prudente/SP, Rel. César de Moraes, j. em 31.10.91).

Por outro lado, mister ressaltar que, pelo fato de não ter sido observada a formalidade do art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ofendeu-se o princípio constitucional da garantia do devido processo legal.

JOSÉ AFONSO DA SILVA leciona que:

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e quando se fala em “processo”, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais, conforme autorizada lição de Frederico Marques (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9. ed., 2º t., Malheiros, 1993, p. 378).

O devido processo legal, na acepção puramente processual, impõe obediência estrita das normas processuais, de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa como todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias do juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais (Luiz Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, *O Processo Penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 49).

Ainda, tangente à garantia do devido processo penal, ensina Rogério Lauria Tucci que, a ação judiciária deve realizar-se,

atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflição e na concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação ao *ius libertatis*” (Rogério Lauria TUCCI, *Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*”, São Paulo : Saraiva, 1993, p. 71).

Assim, ao ser a representação oferecida sem observância do disposto no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, indubitavelmente violou direito do adolescente de ser, mesmo que de maneira informal, previamente oitivado, afastando, desde logo, condições para o arquivamento ou a concessão de remissão, para, só então se fosse o caso, ser representado, desrespeitando, dessa forma, o devido processo legal, ao ferir garantia constitucional. Por isso, deve o *decisum* ser mantido integralmente.

3 - Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a decisão objurgada. Participou do julgamento, com voto vencedor, o EXMO. Sr. Des. Alberto Costa e, lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o EXMO. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 27 de outubro de 1.998.

José Roberge

PRESIDENTE COM VOTO

Jorge Mussi

RELATOR

Há julgados, todavia, que relativizam o entendimento sustentado no acórdão transcrito. Alguns supõem totalmente dispensável a oitiva informal do adolescente e outros rejeitam apenas a idéia de que a oitiva informal seria condição de procedibilidade da ação sócio-educativa, destacando contudo a necessidade de pelo menos tentar-se, via intimação ou condução coercitiva, trazer o jovem e responsáveis para o ato. Esta última posição, intermediária, é partilhada, por exemplo, por José Marinho Paulo Junior²:

²Da não-oitiva do infrator em sede extrajudicial. Disponível em <http://www.amperj.org.br/port/osemarinho01body.htm>

A oitiva do menor não pode ser dispensada pelo Promotor de Justiça, por já contar com indícios de autoria e materialidade suficientes para oferecimento da representação, tendo em vista a natureza multifária daquela, que consubstancia não apenas ato de instrução do feito e de convencimento do Promotor de Justiça, mas também autodefesa do adolescente e pressuposto de remissão; TODAVIA, a oitiva do adolescente não é condição especial de procedibilidade da ação sócio-educativa, mas sim a (tentativa de) notificação de seus pais ou responsáveis, admitida condução coercitiva.

De qualquer maneira, embora relevante, não tenciona o presente texto tomar partido neste debate, consignado-se, por ora, apenas o entendimento de que a solenidade, evidentemente, não pode ser simplesmente prescindida pelo Ministério Público.

2. Oitiva informal e discricionariedade

O que se tem observado na experiência cotidiana, não raramente, é que a boa idéia de ampliar os espaços de interação do adolescente com as autoridades, oportunizando de forma preliminar a autodefesa, tenha se prestado, na prática, ao alargamento do afã repressivo que inspira predominantemente a atuação de boa parte do Ministério Público nacional. Em outras palavras, a forma como se têm muitas vezes conduzido a oitiva informal têm resultado irreparáveis prejuízos ao próprio adolescente.

Raramente o encontro do jovem com o Promotor é decisivo para inspirar proposta de remissão, a qual tem sido concedida quase que exclusivamente em razão da natureza mais ou menos grave do ato infracional. Não tem sido a apresentação ao Ministério Público estimuladora de arquivamentos, nem tampouco momento privilegiado de controle da atividade policial. O que se vê, na prática, é a condução do ato exclusivamente como oportunidade de colheita de provas contra o adolescente, em especial se ele confessa.

A oitiva informal é vislumbrada, sempre que o adolescente assume a infração, como uma produção antecipada da prova de culpa. Tanto que, de modo absolutamente ilegal, a oitiva informal de que fala a lei é, pasmem, formalizada, convertendo-se em assentada para tomada de confissão “espontânea”. E a confissão apresentada diante do Ministério Público, não obstante sua colheita à revelia

de qualquer supervisão da defesa, será iterativamente lembrada como prova de autoria ao longo de todo procedimento judicial.

Dispõe o artigo 179 da Lei 8069/90, que o promotor de Justiça “procederá imediata e informalmente” à oitiva do adolescente a que se atribui a prática do ato infracional.

Nada contra a informalidade, desde que o jovem pudesse se fazer acompanhado de um defensor ao ato. Sem defensor, a informalidade pode converter-se – como se converte – em arbítrio, e num arbítrio facilmente derivável para o puro autoritarismo. A relação entre Promotor e jovem – notadamente o que advém de camadas mais pobres da população – é absolutamente assimétrica, de modo que a ausência de formalidade permite converta-se o suspeito em mero destinatário de um poder sem limites e sem contornos, sem garantia nem mesmo de voz. Alvos de censura moral, de ironia, sujeitos a uma atemorização pseudopedagógica quanto a seu destino, os adolescentes, à total mercê de uma das partes de um processo que sequer se iniciou, acabam amiúde lesionados em seus direitos fundamentais ao respeito e à dignidade.

Em vários momentos, o ECA confiou no bom preparo e nos bons propósitos de observá-lo - e de seguir seus princípios - por parte dos profissionais incumbidos de sua aplicação. Em razão disso, em diversos momentos reservou larga margem de liberdade aos seus operadores³ na idéia de que, assim, permitiria a melhor calibragem das ações e providências, em cada caso concreto, segundo as particularidades de cada situação. Sempre que, todavia, o bom preparo e os bons propósitos não se observam na prática, estes espaços de discricionariedade abrem margem a práticas antigarantistas, afrontosas aos princípios da legalidade e do respeito ao devido processo legal.

Neste contexto, a formalização dos atos de um processo, com o delineamento de um roteiro legal dando as margens do que pode e não pode ser feito por cada profissional em cada solenidade mostra-se uma importante estratégia garantidora da liberdade e dos demais direitos do cidadão aos quais se atribui conduta tipificada como crime.

Há, assim, que se repensar o formato (ou o não-formato) outorgado em lei para a apresentação preliminar do adolescente ao Ministério Público, regrando-se o a fim de preservá-lo das habituais distorções que o tem caracterizado.

³ Nesta linha é o art. 6.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing: Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões.

A rigorosa aplicação da legislação em vigor, todavia, já permitiria atenuar significativamente os danos decorrentes da má condução da solenidade. De fato, a melhor leitura do ordenamento sugere atentar-se a dois pontos usualmente não observados na prática cotidiana: a) o respeito rigoroso à informalidade e b) a necessária presença do defensor.

3. O respeito rigoroso à informalidade

Por estrito respeito à informalidade entende-se a vedação imposta em lei a qualquer tipo de formalização das declarações prestadas pelo jovem, vítima ou testemunhas ao Promotor de Justiça. Sim, a não ser para favorecer o direito de liberdade – em favor do qual, e nunca contra, labora a estrita observância das garantias processuais⁴ - o representante ministerial não pode dar forma, reduzindo a termo, àquilo que a lei previu tratar-se de ato não formal. A redução a termo de depoimentos *implica outorgar ao Ministério Público – fora do âmbito de devido processo legal - poderes formais de investigação criminal, o que é constitucionalmente defeso.*

O STF já decidiu no HC 81.326-7/DF (DJU, 1.10.03) pela inconstitucionalidade da investigação pré-processual promovida pelo Ministério Público. No mesmo sentido converge decisão recente do Tribunal de Justiça de São Paulo no HC 440.810-3/7 da 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Nessa última decisão, magistralmente relatada (disponível em <http://conjur.uol.com.br/textos/26852/>), destaca-se que a concentração das funções acusatória e investigatória no mesmo órgão viola frontalmente, entre outros, o princípio da imparcialidade. O ilustre relator reforça sua tese com inúmeras referências doutrinárias e jurisprudenciais:

ESPINOLA FILHO já se pronunciara sobre o tema: "Na base dessa incompatibilidade de exercer a mesma pessoa funções diferentes, não somente são vedadas acumulações que, sobre serem legalmente proibidas, de modo geral, trariam um chocante resultado de apresentar-se o órgão da justiça encarnando personagens cujas atividades no processo se chocam pela própria natureza e finalidade, também não podendo desenvolver-se livre e eficientemen-

⁴ Lembre-se da regra banal de que sem prejuízo (à defesa) não há nulidade.

te, se oriundas de um único autor. Mas, ainda, não se tolera, tendo exercido uma determinada função a respeito de certo crime, venha a pessoa a atuar novamente, quando se devem examinar e dar valor aos atos, por ela próprio praticados anteriormente, às conclusões que chegou” (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 3. ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, vol. II, p. 312.).

Esse perigoso comprometimento da pretendida imparcialidade do Ministério Público, na ordem jurídica constitucional, também foi lembrado, em momento outro, pelo saudoso Mestre Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:

A acusação formal, clara e fiel à prova, é garantia de defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público imparcialidade. Tanto que se permite argüir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na Lei do Processo. Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigorante, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à justiça (*Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público*. In: Boletim Manoel Pedro Pimentel. São Paulo : Printing Press, jun-ago/2003, p. 3).

Assim, a determinação legal para que as oitivas ministeriais do art. 179 do ECA sejam informais pretendeu, sem dúvida, evitar que o ato, formalizado, se revestisse de qualquer caráter investigatório estrito, algo que, além de violar a imparcialidade do órgão, significaria sensível extrapolação das competências constitucionais do Ministério Público previstas no artigo 129 da Constituição Federal.

Em suma: oitiva informal formalizada consiste na produção de prova criminal pelo Ministério Público algo ilegal e inconstitucional. Peças de tal natureza – vale dizer, colheita de depoimentos escritos - produzidas nesta etapa e que desfavoreçam o adolescente devem ser desentranhada dos autos, cabendo ao advogado postular tal providência ao juiz na primeira oportunidade

que tiver acesso aos autos.

4. Da presença do advogado a todos os atos

A questão da necessidade do advogado a todos os atos apresenta duplo aspecto. Primeiro, no que tange à obrigatoriedade de o Estado disponibilizar profissional para patrocínio dos hipossuficientes em todos os momentos, sempre que demandado. Segundo, no que se refere à indispensabilidade da presença do defensor como condição de validade do ato, hipótese em que sua ausência gera nulidade absoluta.

4.1 – Do direito à defesa técnica ainda que essencial à não-validade do ato

O direito à defesa técnica decorre de diversos dispositivos consagrados expressamente em nosso ordenamento.

Dentre os mais gerais destacam-se os art. 133 da Constituição Federal e 2º da lei 8.906 de 4 de julho de 1994, os quais consagram que o advogado é indispensável à administração da Justiça.

Dentre os mais específicos, aponte-se o disposto no Art. 227, § 3º CF/88: o direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e *defesa técnica por profissional habilitado*.

Para banir qualquer questionamento acerca da necessidade imperiosa da presença de um defensor nos procedimentos para apuração de ato infracional, o ECA foi expresso e enfático em seu art. 207:

nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor; § 1º - Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência”.

Por fim, ao tratar no art. 111 das garantias asseguradas a todos os adolescentes, o ECA estabeleceu, no inciso III, expressamente, a garantia da defesa técnica por advogado.

O direito à defesa, como se depreende dos referidos dispositivos legais, é irrestrito e amplo. Aliás, todo cidadão processado não tem direito simples-

mente à defesa, mas à ampla defesa⁵. E por defesa ampla não se pode entender defesa reduzida à etapa judicial do procedimento, iniciada apenas com o recebimento da peça inaugural por despacho do juiz.

O direito à defesa técnica estende-se para antes e depois do processo de conhecimento, apanha as fase administrativas pré-processuais e a execução da sentença. Dura desde quando surge a imputação – ainda que não formalizada – até quando a pretensão executória se extingue.

Gilbert Armijo Sancho em *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*⁶, esclarece:

De um ponto de vista estritamente teórico, existe um generalizado reconhecimento de que a defesa é um direito originário do homem (jovem ou adulto) e que se trata de uma garantia que contribui para assegurar o direito á liberdade individual. Em princípio, surge desde o momento em que se produz à imputação mediante qualquer ato. O menor não somente ser o sujeito da relação processual, mas também protagonista de direitos efetivos que lhe garantam uma verdadeira proteção [...] Por isto propugnamos que os mesmos direitos sejam reconhecidos ao menor suspeito desde o início da investigação policial. [...] A Corte [Suprema dos Estados Unidos] estabelece que a partir do momento em que se restringe a liberdade de locomoção do imputado de qualquer forma se faz necessária a presença do advogado, porque o processo já se tem por iniciado.

Derivação lógica necessária do direito à defesa técnica é o direito à assistência jurídica, entendida esta como dever do Estado em custear o patrocínio de advogado àqueles que não dispõem de condições econômicas para contratar defensor privado⁷.

⁵ Cf. art. 5º. IV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁶ Disponível em <http://www.ilanud.or.cr/publicacion1998-06.htm>. Acessado em 19.04.2004.

⁷ Na normativa internacional destaca-se, inicialmente, a regra Art. 37.d da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, vinculando os Estados signatários a assegurar que “toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso à **assistência jurídica**”. A *Res. ONU-40/33, de 29.11.85 – Regras de Beijing*, prescreve, em sua regra 7.1, a necessidade de respeitar as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o **direito à assistência judiciária**, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

Está obrigado o Estado a disponibilizar defesa técnica aos cidadãos pobres suspeitos de crime – inclusive adolescentes - desde a etapa inquisitorial.

Aliás, o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal determina que o preso seja informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Ora, se ao preso é assegurada, assim que detido, a assistência por advogado, deve o Estado oferecê-la irrestritamente aos hipossuficientes, compromisso irrenunciável de fundo constitucional: art. 5º, inc. LXXIV da CF: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Tal encargo estatal deriva de um dos mais básicos princípios republicanos, o direito à igualdade. Não se pode admitir que um direito universal (à defesa técnica) esteja em algumas situações ao acesso somente da pequena parcela que possa pagar por um advogado. Existe um compromisso ético e constitucional do Estado em diminuir a distância entre pobres e ricos, em universalizar o acesso a condições para se usufruir dos direitos que são universais, devendo, pois, buscar a equiparação entre a defesa pública e a defesa privada de sorte que, onde possa estar esta última, deve estar disponível a primeira.

A conclusão, assim, inarredável, é no sentido de que os adolescentes, desde a etapa preliminar, ou seja, desde que se lhes indigite como possíveis autores de um ato infracional, gozam do direito de receber orientação jurídica e de se fazerem assistir por advogado. Evidentemente isto abrange a etapa subsequente à intervenção policial, ou seja, a fase do art. 179 do Estatuto.

Nesta precisa leitura do ordenamento posto inspirou-se o Conselho Nacional dos Direitos da Criança (CONANDA) na resolução nº 44, de 06 de dezembro de 1996 ao dispor, no art. 3º que “a defesa técnica do adolescente deverá ser feita desde o atendimento inicial (apreensão em flagrante ou oitiva nos atos investigatórios), por Defensor Público, Advogado dativo ou constituído, devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”.

Dessa forma, fixado de modo irrefutável o direito do cidadão adolescente à assistência jurídica desde a fase policial, bem como o dever do Estado em oferecê-la aos hipossuficientes, a inexistência de estrutura pública oficial e organizada para fazer valer este direito impõe o acionamento do sistema de garantias previsto no ECA. Assim, a par das providências pertinentes aos Conselhos de Direito, a omissão estatal enseja o ajuizamento de ação civil pública para instar o poder público a se organizar, observando sempre o princípio da prioridade absoluta.

5. A obrigatoriedade da presença do defensor na oitiva informal como condição de validade do ato

Se, de um lado, sempre que desejar, o jovem tem o direito de contar com defesa técnica desde que surge a imputação, isto não significa que a presença do defensor seja, sempre, condição de validade do ato, obrigatória.

A investigação policial tem notório caráter inquisitorial, de modo que, a princípio⁸, os atos em seu curso praticados prescindem do acompanhamento pela defesa técnica, que é, regra geral, facultativa.

O mesmo, todavia, não se aplica à apresentação preliminar do adolescente ao Ministério Público, durante o qual a presença do defensor é verdadeiramente indispensável. Vários argumentos sustentam este entendimento:

- a) É equivocado equiparar a fase do art. 179 do ECA à fase policial. Trata-se de uma fase proto-processual, que já é processual, e que portanto, rege-se pelo formato acusatório e não inquisitorial. Tanto que, diferentemente do que se passa no inquérito, as nulidades aí havidas contaminam a ação, tal como já decidiu o STJ⁹. Como condição de procedibilidade para a ação sócio-educativa, consoante sustentado no acórdão acima transcrito, sua exatidão formal é pressuposto para a instauração de um procedimento propriamente judicial hígido e regular. Ora, se nele praticam-se atos que emprestam validade à ação que advirá, é óbvia a necessidade da presença de um defensor para supervisionar sua regularidade
- b) Neste momento processual, de outro lado, o Ministério Público tem diante de si três alternativas de seguimento do caso. Ainda que remissão e arquivamento dependam de posterior homologação judicial e a representação dependa de recebimento, é óbvia a intensa repercussão que a decisão ministerial de seguir um destes caminhos exerce sobre o convencimento judicial. Assim, deve ser dado ao jovem, como corolário do contraditório, ampla defesa e

⁸ Com a importante exceção do interrogatório do indiciado, como se pode verificar abaixo.

⁹ *Habeas corpus* de nº 9650, em 18/ 10/ 1999, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo por relator o Ministro Felix Fischer, cujo acórdão transcrevemos: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OITIVA INFORMAL. CONFISSÃO. PRESENÇA DOS PAIS OU DO RESPONSÁVEL NÃO POSSIBILITADA (ART. 111, INCISO VI, DO ECA). I - Nos termos do art. 111, inciso, VI, do ECA, é assegurado ao adolescente, quando investigado pela suposta prática de ato infracional, solicitar, em qualquer fase do procedimento, a presença dos seus pais ou do responsável. II - Irregularidade na oitiva informal do adolescente, ocasião em que este reportou ao agente do Parquet sua intenção de praticar o ato infracional. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido, anulando-se o procedimento “ab initio”.

paridade de armas, o direito de influenciar a convicção ministerial em relação ao encaminhamento a ser dado ao caso. A lei reconhece este direito, expressamente, sob a forma de auto-defesa (a oitiva informal nada mais é do que isto). E onde há auto-defesa, por derivação lógica, há que se dar também a defesa técnica, até porque a primeira, sem a última, não se exerce de modo pleno.

- c) Com relação à remissão, quando houver cumulação com medida sócio-educativa, é imperiosa a concordância do adolescente¹⁰. Ruth Duarte, do Ministério Público Goiano comenta: “Com efeito, o Ministério Público apenas faz a concessão da remissão cumulada com medida sócio-educativa não privativa de liberdade, conforme expressa determinação legal, cabendo a autoridade judiciária a efetiva aplicação na fase da execução. A exclusão do processo e conseqüente baixa de praxe ocorrerá tão somente com o efetivo cumprimento da medida, motivo pelo qual o consenso do adolescente e de seus pais ou responsáveis é imprescindível.” (in: *Da imprescindibilidade da aceitação voluntária da medida de proteção ou sócio-educativa*, disponível no site www.abmp.org.br/sites/Ruth¹¹). É óbvio que, desassistido de orientação técnica, o consentimento não será hígido. Consentimento não plenamente informado não é consentimento. Acrescente-se, igualmente, a existência de forte corrente doutrinária que classifica a remissão com medida como efetiva transação entre o Ministério Público e o adolescente. É este, por exemplo, o entendimento de José Ricardo Vieira de Freitas, Promotor de Justiça no Estado de São Paulo¹²: “Resta claro que a remissão, prevista no ECA, tem nítido caráter de transação, em consonância com os ditames da Lei 9.099/95, de

¹⁰ Assim dispõe o art 11.3 das Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça da Infância e Juventude. Toda remissão que signifique encaminhar o jovem a instituições da comunidade ou de outro tipo dependerá do consentimento dele, de seus pais ou tutores.

¹¹ Tem-se, pois, que o(a) adolescente e seus pais ou responsável legal podem ou não aceitar a remissão concedida, tanto com caráter puro, quanto no caso da cumulativa. Isto se aplica nos casos em que a remissão é concedida pelo Parquet ou pela autoridade judiciária, podendo haver negativa daqueles para tais propostas. Seria a remissão um verdadeiro negócio bilateral entre o agente político (Ministério Público e Juiz) e o adolescente e seus pais ou responsável, no escopo de evitar a instauração de procedimento judicial ou a suspensão ou extinção deste, ao mesmo tempo em que garante a proteção integral do adolescente ao possibilitar que este não seja constrangido pelo processo judicial ou em tê-lo abreviado com sua extinção de eventual ação sócio-educativa. (AMORIM, Divino Marcos de Melo. Remissão concedida pelo MP: inclusão de medida sócio-educativa. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1658>>. Acesso em: 11 jun. 2004.).

¹² *Remissão e aplicação de medida sócio-educativa através da transação*. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/caoinfancia/caoinfancia.htm>.

modo que, após a oitiva informal e entendendo o representante do Ministério Público ser a mesma cabível, formaliza-se, oralmente, a proposta de transação ao adolescente e ao seu representante legal, que deverão estar acompanhados de advogados.”¹³ Idêntico é o entendimento de Pedro Roberto Decomain, no artigo *Ato infracional cometido por adolescente – Remissão e medida sócio-educativa - aplicação pelo Ministério Público? Uma proposta de interpretação*¹⁴: “Em suma, o que se sugere, a título de vertente exegética proveitosa e socialmente útil para o instituto da remissão como forma de exclusão do procedimento, proposta pelo Ministério Público, no Estatuto da Criança e do Adolescente, é o seguinte: a remissão ofertada pelo representante ministerial pode ser acompanhada de medida sócio-educativa, ressalvadas apenas aquelas expressamente proibidas pelo Estatuto, quais sejam, a semiliberdade e a internação. A proposta somente será concretizada, com aplicação da medida ao adolescente, se houver a concordância dele, de seu representante legal e de seu defensor, e, por sem dúvida, a homologação judicial, com aplicação efetiva da medida proposta”.

- d) Na praxe cotidiana, a oitiva informal converte-se em momento de produção de prova contra o adolescente. Sobre o ponto já discorremos acima, sustentando a ilegalidade de reduzir a termo qualquer declaração que possa ser utilizada como prova acusatória. Todavia, como tal entendimento não é majoritário, sempre que o ato se converta em proto-instrução, a presença do defensor é absolutamente indispensável. Sem isto o princípio da paridade de armas (igualdade na relação processual) e assim, o princípio do contraditório, ver-se-ia gravemente atingido. Não pode o Promotor ouvir vítima e testemunhas, colher seus depoimentos e usar como prova contra o jovem sem que a defesa participe das inquirições.
- e) Com relação à oitiva do próprio adolescente, e aqui o argumento se estende também à etapa policial, recente alteração legislativa reforçou, de modo incontestável, a imprescindibilidade da presença de advogado em todo ato de inquirição do suspeito. Com

¹³ No mesmo sentido é o entendimento de Divino Marcos de Melo Amorim (op. cit.).

¹⁴ ABMP-UNICEF. Acervo Operacional dos Direitos da Infância e Juventude. 2004. CD-Rom.

feito, a lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, em seu artigo 2º. deu nova redação a vários dispositivos do Código de Processo Penal que versam sobre o interrogatório do acusado. Por ora, pertinente destacar os seguintes dispositivos: “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. § 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.” “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.” O novo regramento do interrogatório judicial trouxe significativo impacto no interrogatório policial, em face do que dispõe o art. 6º. do Código do Código de Processo Penal, que, quando se refere a interrogatório do investigado, determina que a autoridade policial deve “V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro”. Ora, a remissão do art. 6º é justamente às normas que regem o interrogatório judicial. Assim, as regras que regem o interrogatório judicial, inclusive aquelas que dizem respeito à necessária assistência de advogado, antes e durante o ato de inquirição, estendem-se automaticamente para o interrogatório da fase policial¹⁵. Se ao ser ouvido pelo delegado e pelo juiz o suspeito deve estar assistido por advogado, também quando ouvido por Promotor de Justiça o mesmo direito, pelos mesmos princípios, há de lhe ser garantido. Não há interpretação razoável que permita sustentar que neste momento procedimental o tratamento poderia ser diferente. A interpretação analógica, aqui, é inevitável. Patente, outrossim, que as garantias outorgadas aos imputáveis processados por crime são automaticamente extensíveis aos adolescentes processados por ato infracional. Basta para tanto que se atente à leitura do por vezes olvidado art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente: a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em pro-

¹⁵ Entre vários doutrinadores que já reafirmaram esta tese, consulte-se FERNANDES, Fernando Augusto Henriques. *Interrogatório contraditório no inquérito policial*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.138, p. 6-7, maio 2004.

cesso de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis¹⁶. De outro lado, o art. 152 determina que, nos procedimentos regulados no ECA, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. Ora, a legislação processual pertinente ao procedimento de apuração de ato infracional (definido em lei como crime, art. 103) só pode ser o Código de Processo Penal.

Assim, a nosso ver, embora não haja previsão, no artigo 179, da presença de advogado ou defensor público no momento da oitiva “informal” desse adolescente, uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, a partir do artigo 5º, LV, 133, 134, 227, § 3º, IV, da Constituição Federal, bem como dos artigos 111, 124, 206 e 207 da Lei 8069/ 90 exige que se o faça, sob pena de flagrante de cerceamento de defesa, acarretando nulidade absoluta do processo, *ab initio*, sobretudo nos casos em que o relato desta oitiva seja referido na sentença que aplica ao adolescente uma medida sócio-educativa.

¹⁶ O que vem reforçado no art. 3º da mesma lei: a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei.

SENTENÇA E RECURSOS NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Paulo Rubens Bonseigno Carvalho

Advogado do Cedeca Alta Paulista – São José do Rio Preto/SP

1. Da Sentença

A natureza jurídica da sentença pode ser definida como uma manifestação intelectual lógica e formal emitida pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, com a finalidade de encerrar um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, mediante a aplicação do ordenamento legal ao caso concreto.

Já, em *sentido estrito* (ou em sentido próprio), sentença é a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa. O artigo 162, § 1º, do CPC assim a define: “*é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*”. Melhor dizendo, é o ato pelo qual o juiz encerra o processo no primeiro grau de jurisdição, bem como o seu respectivo ofício.

A sentença, tem seus requisitos formais, também chamados por Hélio Tornaghi de *parte intrínseca* da sentença (*Curso de Processo Penal*, cit., 6. ed., 1989, v. 2, p. 154), desdobram-se em:

a) *Relatório* (ou exposição ou histórico). Requisito do artigo 381, I e II do CPP, trata-se de resumo histórico do que ocorreu nos autos, em sua marcha processual, devendo o magistrado aludir expressamente aos incidentes e à solução dada às questões intercorrentes. Pontes de Miranda o denominou “história relevante do processo”.

b) *Motivação* (ou fundamentação), requisito pelo qual o juiz está obrigado a indicar motivos de fato e de direito que o levaram a tomar a decisão (art. 381, III). Ressalta-se que se reveste de nulidade o ato decisório que, descumprindo o mandamento constitucional (art. 93, IX, CF), que impõe a qualquer juiz ou tribunal o dever de motivar sentença ou acórdão, deixa de examinar fundamento relevante, em que se apóia a acusação ou a defesa técnica do acusado (nesse sentido: STF, 1ª T., HC 74.073-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 27 jun.1997, p. 30227). É bom que se frise, no entanto, não ser necessário que o juiz sentenciante transcreva toda a argumentação das partes, mas apenas que sucinta-

mente, exponha os fatos para não causar prejuízo a estas (nesse sentido: STJ, 5ª T., RHC 6.700/SP, rel. Min. Edson Vidigal. DJU, 31 nov. 1997, p. 56340).

c) *Conclusão* (ou parte dispositiva) é propriamente a decisão, onde o juiz julga o acusado após a fundamentação da sentença. Deve o magistrado mencionar “a indicação dos artigos de lei aplicados” e o “dispositivo” (artigo 381, IV e V), sob pena de nulidade. Nesse sentido: *RT*, 590/364, 610/412 e 621/358. Em suma, é a parte do *decisum* em que o magistrado presta a tutela jurisdicional, viabilizando o *jus puniendi* do Estado.

No que concerne ao processo de apuração de ato infracional, ao proferir sentença, que poderá ser absolutória ou sancionatória, impositiva ou não de medida privativa de liberdade, deve atender aos mesmos requisitos exigidos no art. 381 do CPP, aplicado subsidiariamente ao procedimento de apuração de ato infracional atribuído ao adolescente por força do disposto no art. 152 do ECA, em síntese, deve conter relatório, fundamentação e conclusão, sob pena de nulidade.

No procedimento em questão, o juiz deve analisar as provas existentes nos autos e optar por dois caminhos: julgar a ação procedente e aplicar uma das medidas sócio-educativas arroladas no art.112 do ECA; ou julgar improcedente a ação e determinar, após o trânsito em julgado da sentença, o arquivamento dos autos.

Ante as hipóteses de improcedência da ação, definidas nos incisos do artigo 189 do referido Diploma Legal; avistamos distintamente que se o fato não ocorreu, lógico é que o juiz não poderá acolher a representação do Ministério Público e aplicar uma das medidas sócio-educativas previstas no artigo retro mencionado, sob pena de cometer clamorosa injustiça, passível de reparo pela via recursal.

Aliás, neste inciso é reproduzido, *ipsis litteris*, o que foi descrito no artigo 386, I, do CPP. Portanto, ficando provada a inexistência do fato, o juiz julgará improcedente a representação.

Ainda, referente ao artigo 189, em seu inciso II, necessário atentar que aqui o legislador reproduziu também, o disposto no artigo 386, II, do CPP, onde se impõe ao juiz o dever de absolver o réu quando não houver prova de existência do fato. Diferentemente da hipótese anterior, não se cogita aqui, da inexistência do fato, mas sim da falta de prova sobre sua existência. Na verdade, o juiz não tem certeza se o fato ocorreu realmente no mundo físico, pois o conjunto probatório não conduz à certeza acerca da existência do fato. E, havendo dúvida sobre sua existência, a solução será a improcedência da representação. Neste sentido, os tribunais têm decidido:

HC. ECA. DETERMINAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DECISÃO COM FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AFRONTA AO OBJETIVO DO SISTEMA. RECURSO PROVIDO. I - Insuficientemente fundamentada a decisão monocrática que impôs medida sócio-educativa de internação a menor infrator, dá-se provimento ao recurso, reformando-se o acórdão recorrido e concedendo-se ordem para determinar a anulação da decisão de 1º grau, a fim de que outra seja proferida, permitindo-se que o paciente aguarde tal desfecho em liberdade. II- A simples alusão à gravidade da infração e aos péssimos antecedentes do menor não são suficientes para motivar a privação total da sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação, restando caracterizada afronta aos objetivos do sistema. III- Recurso provido, reformando o acórdão impugnado e concedendo a ordem para determinar a anulação do decisum de 1º grau, a fim de que outro seja prolatado, permitindo que o paciente aguarde tal desfecho em liberdade assistida. (RHC 8949/SP, STJ Min. Rel. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 22/11/99).

O fato existe, está provado nos autos do procedimento, mas não constitui ato infracional (art.189, III). É atípico, segundo os dogmas da ciência penal. O Código de Processo Penal, no artigo 386, III, prevê a absolvição do acusado quando o fato não constituir infração penal. O legislador substituiu as palavras *infração penal* por *ato infracional*.

No inciso IV, mais uma vez faz com que tenhamos de evocar o Código de Processo Penal, pois seu artigo 386, IV, impõe ao juiz o dever de absolver o acusado se “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”. O art. 189, IV, do ECA substitui os vocábulos *réu* por *adolescente* e *infração penal* por *ato infracional*. É até possível que o adolescente tenha concorrido para a prática do ato infracional. Todavia, a prova é precária nesse sentido. Ora, como aplicar ao adolescente acusado da prática de ato infracional uma das medidas previstas no artigo 112 do ECA, se a prova, bastante precária, não o aponta como violador da norma penal? Assim, aplica-se o brocardo latino *in dubio pro reo*, ou seja, o benefício da dúvida autoriza, sim, a improcedência da

representação, pois, “*se no Direito Penal o réu criminoso é beneficiado pela dúvida, com maior rigor deve prevalecer este adágio jurídico*”¹.

Portanto, em aplicação de medidas sócio-educativas – a sentença necessariamente deve se lastrear em provas das quais deflue plena certeza quanto à autoria.

A intimação da sentença, quando aplicada uma das medidas sócio-educativas previstas no art. 112, I, II, III, IV e VII, será feita ao advogado – constituído ou dativo – do adolescente. No entanto, se a autoridade judiciária aplicar as medidas de internação ou de semiliberdade, a intimação da sentença recairá na pessoa do adolescente e de seu defensor (ECA, art. 190, I). A intimação, em qualquer caso, será sempre pessoal, não prevendo citação editalícia, levada a cabo por oficial de justiça. No momento da intimação, o adolescente deverá informar ao oficial de justiça se deseja ou não recorrer da sentença.

Da sentença condenatória, a medida que não implica privação de liberdade basta que seja intimado o advogado (art. 190, § 1o, ECA).

Manifestando o desejo de recorrer, o defensor constituído ou dativo será intimado para garantir, eventualmente mediante interposição de recurso, o pleno exercício do direito à defesa técnica.

Conforme preleciona o artigo 198 do ECA que “*em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias*”. Referente ao início da contagem do prazo ora consignado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua Câmara Especial, no julgamento da Ap. n. 31737-0/5, rel. Dês. Dirceu de Mello, j. em 8-5-1997, decidiu que, no sistema do ECA, conta-se o prazo a partir da juntada do mandado de intimação da decisão aos autos. No entanto, a mesma câmara, em data anterior, já havia abraçado posição diversa, entendendo “Inadmissível a contagem do prazo somente a partir da juntada do mandado, tendo em vista que o termo *a quo* é exatamente a intimação pessoal da parte, em face de não ter advogado constituído nos autos” (Ap. n. 17258-0, rel. Dês. Nigro Conceição, v.u., j. em 22-12-1994). A nosso ver, o prazo começa a correr a partir da data em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão, a teor do art. 242, *caput*, do Código de Processo Civil. É preciso, porém, distinguir o seguinte: a) se a intimação se efetivar pela só publicação do ato no órgão oficial (CPC, art.236), o prazo começará a correr do dia seguinte; b) se a intimação for por edital de justiça

¹ Decisão proferida pelo douto Juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Cidade de São Paulo, Capital, mencionada no artigo publicado na Revista da APMP, nº 8, julho de 1997, de autoria do membro do Ministério Público Paulista, Lauro Luiz Gomes Ribeiro.

ou pelo correio, da juntada aos autos do mandado ou do aviso de recebimento (CPC, art. 242, I e II).

Importante mencionar que, se o adolescente não for encontrado, seus pais ou responsável devem ser intimados da sentença que aplicou as medidas sócio-educativas de regime de semiliberdade ou de internação em estabelecimento educacional, considerando que aqueles, admitidos como intervenientes, têm legítimo interesse na solução da lide (ECA, art.206).

O adolescente infrator e seu advogado deverão ser intimados da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semiliberdade. Na ausência do adolescente por ocasião da intimação, recebem-na seus pais ou responsável. O adolescente pessoalmente intimado da sentença que lhe priva a liberdade tem decisão sobre recorrer ou não da decisão. Tem-se entendido que o advogado não pode interpor recurso sem o consentimento do adolescente (art. 190, incisos e § 2o, ECA).

O legislador, ao permitir ao adolescente, optar pela não apresentação de recurso, não levou em consideração “as condições ou capacidade processual de seu autor ao afirmá-la”, haja vista que o adolescente infrator não possui as condições necessárias para “avaliar o que pode ou não ser favorável a sua pessoa”, além de ser, constitucionalmente, pessoa com idade inferior a dezoito anos, portanto, incapaz de avaliar a real extensão da aplicação da sentença condenatória, bem como, garantir o seu direito na mais ampla defesa e da presunção de sua inocência, que neste momento são flagrantemente limitados.

Ainda, mesmo que o jovem opte pela não apresentação de recurso, assinando até mesmo o termo de renúncia, o seu defensor poderá lançar mão da via recursal. A defesa técnica deverá prevalecer, sempre, sobre o interesse do jovem, considerando a menoridade do agente e a sua “falta de compreensão da extensão de sua condenação”, avaliação esta que deverá ser realizada pelo seu defensor e conseqüentemente interpor ou não recurso, como critério propício de assegurar a ampla defesa.

Portanto, se o defensor entender que o juiz laborou em equívoco ao colher a representação ministerial, poderá apresentar recurso, ainda que o adolescente tenha manifestado expressamente a intenção de não recorrer.

2. Sistema Recursal e Remédios Constitucionais

No processo de aplicação das medidas sócio-educativas, por disposição de lei, são cabíveis todos os recursos atinentes ao processo civil, com as

adaptações necessárias a conferir a maior agilidade reclamada pelo princípio da prioridade absoluta (art. 198 e incisos, ECA).

Assim, de toda sentença caberá apelação. Das decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento ou agravo retido. E, conforme o caso, disponibilizam-se os embargos de declaração, embargos infringentes, o recurso adesivo, recurso ordinário, recurso especial, o recurso extraordinário e, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Em todos os recursos, com exceção do agravo de instrumento e dos embargos de declaração, o prazo para apresentar e para responder será sempre de 10 dias (art. 198, II, ECA). O magistrado poderá reformar sua decisão em até cinco dias quando receber agravo de instrumento ou apelação, antes de dar-lhes o devido encaminhamento (art. 198, VII, ECA).

Ademais, as arbitrariedades eventualmente existentes no processo de aplicação das medidas em tela podem ser combatidas com a interposição de habeas corpus e mandado de segurança, nos termos dos artigos 647 a 667 do CPP e do previsto na Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951 e na Lei 4.348, de 26 de junho de 1964. Estes, também em acordo ao princípio da prioridade absoluta, têm preferência sobre os demais remédios analisados pelo Tribunal, sendo analisados primeiramente a todos os outros.

3. Juízo de Retratação

Como regra, o Tribunal só reexaminará a sentença se houver recurso de apelação. No entanto, mesmo a falta deste recurso, o reexame será feito na seguinte hipótese: reforma da sentença em sede de juízo de retratação. Conforme determina o disposto no artigo 198, VII, do ECA, o Juiz goza da faculdade de reformar a sentença de mérito, alterando substancialmente o conteúdo do provimento jurisdicional. Onde, de vencida, a parte transforma-se em vencedora. E a parte vencedora, ao revés, transforma-se em vencida. Ora, nessa hipótese, a parte que teve contrariado o seu interesse pode requerer ao Juiz, nos termos do artigo mencionado, inciso VIII, a remessa dos autos à superior instância.

Há de se notar que, nesse caso, não haverá recurso de apelação, senão um simples pedido de remessa dos autos ao Tribunal *ad quem*. Contudo, se não o fizer no prazo de 05 (cinco) dias, a sentença transitará em julgado, tornando-se insuscetível de oferecimento de qualquer recurso.

4. Nulidade de Sentença por falta de fundamentação

*“A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida”.*²

Em nível de garantia processual penal, este princípio constitucional, inserido no capítulo III da Constituição, referente ao Poder Judiciário, no inciso IX, do artigo 93 dispõe que todos os julgamentos desse órgão “serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)” (grifamos).

Com referência à internação, no processo de apuração de ato infracional, a Justiça da Infância e da Juventude, como órgão do Poder Judiciário, em suas decisões, devem *fundamentá-las*, uma vez que o dispositivo constitucional transcrito não excepciona qualquer espécie decisória, ocorrendo até nas interlocutórias, todas de fundamentação do juiz, o que de certa forma já as torna interessante porque mostra pelo menos um aspecto que vai de encontro ao poder absoluto que estes mantêm no processo.

Na fundamentação, o juiz se obriga a aplicar o princípio da equidade, ou seja, as partes têm o direito de saber o porquê daquela decisão, sobre os fatos que levaram a seu convencimento, sob pena de prejuízos parciais ou totais ao Devido Processo Legal.

Para tanto, é necessário que a fundamentação, mesmo que concisa, seja clara e detalhada para que não paire dúvidas, oportunizando a parte interessada saber se houve e quando ocorreu omissão ou má interpretação do juiz, ou até se ele está totalmente correto.

Tal estudo visa investigar se a supremacia absoluta dos julgadores que por vezes resulta em graves erros, omissões ou abusos, com prejuízos da “parte” interessada, devido a decisões vazias de conteúdo, tendo amparo em alguma lacuna no nosso Ordenamento Jurídico.

A motivação das decisões Judiciais tem fundamento na garantia da sociedade, em ver suas aspirações dentro do Processo, realmente e totalmente apreciadas pelo juiz, com devido respeito ao Direito de Ação, onde a parte pode, seu procurador deve, reclamar da ausência da fundamentação, sempre que esse vício grave ocorra em uma decisão disfarçada de “fundamentada”, em textos de praxe, merecendo assim, tratamento específico Constitucional.

² Artigo 108, Parágrafo Único - ECA

Assim, observa-se que a gravidade dos prejuízos decorrentes de uma sentença mal fundamentada, ou nem fundamentada, fizeram com que a Constituição Federal, suprema, contemplatesse a garantia desse princípio em seu próprio corpo. Prevendo sanção pelo descumprimento com a nulidade do ato, qualquer que seja sua natureza normativa.

A respeito da mesma matéria, o código de Processo Penal em seu artigo 381, diz o que deverá conter na sentença, em seu inciso III, a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e em seu inciso IV, a indicação dos artigos de lei aplicados.

Motivar é sinônimo de fundamentar e esta fundamentação, obrigatória, pode ser de maneira concisa, como ensina Julio Ricardo Amaral: “Motivar todas as decisões significa fundamentá-las, explicar as razões de fato e de direito que implicam no convencimento do juiz, devendo esta fundamentação ser substancial e não meramente formal”.

Para Uadi Lammêgo Bulos que se refere ao termo fundamentar, da mesma forma, dizendo que: “Fundamentar significa dar as razões, de fato e de direito, pelas quais se justifica a procedência ou improcedência do pedido”. O ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de explicar o porquê do seu posicionamento. Não basta que a autoridade jurisdicional escreva que denega a liminar ou que diga somente que ausentes os pressupostos legais, revoga a liminar.

A despeito da utilização facultativa de um ou de outro termo, o que importa é que se criou um sistema de proteção, garantindo-se à parte interessada conhecer os motivos da sentença. Implicando o direito desta de discordar, saber exatamente em que ponto o faz e quais providências recursais pertinentes. Por isso, reiteramos a valorização da fundamentação, que é reconhecida até na Carta Magna, para que não se tornem meros expedientes corriqueiros.

Tem-se claramente estabelecido, que a função do Magistrado é resolver litígios, contudo o mister de sua função é realizar a entrega da prestação jurisdicional. Onde a sua motivação nas decisões judiciais, dão garantia processual às partes ao apreciar seus argumentos e conteúdo da ação e por conseqüência garantia da própria Jurisdição, à sociedade, tendo como destinatários não somente partes e juízes, mas a comunidade, com o testemunho da imparcialidade. Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, ao atentar que a lei exige que a sentença seja motivada, adverte que a exigência da motivação justifica-se, porquanto permite às partes concluir se aquela atividade intelectual desenvolvida pelo magistrado, lhe permitiu chegar àquela conclusão. Embora julgue de acordo com seu livre convencimento, tal não significa, contudo, seja ele um déspota no decidir,

mas, simplesmente, que tem liberdade na aferição, na valoração das provas. E a motivação vai demonstrar se houve excessos, se houve erros de apreciação ou falhas, nos processos reflexivos do magistrado e prossegue que a sentença, não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada. Não basta, porém, a fundamentação tão somente, se divorciada da coerência no desenvolvimento da atividade intelectual do juiz. Uma fundamentação contraditória equivale a sua ausência. A propósito, RTJ, 43:818, 36:302 e 36:572.

Não é raro, decisões judiciais mal fundamentadas porque em verdade não existe um regramento para os limites bem como da abrangência do poder do Magistrado, em relação à sua fundamentação. É o raciocínio lógico, delineado pelas provas materiais e até pelo seu convencimento, bem como a imparcialidade que também é fator preponderante. Adverte grandes juristas que, na fundamentação, o juiz deverá apreciar as provas existentes nos autos, desenvolvendo seu raciocínio lógico, fundamentando por que decidiu desta ou daquela forma, indicando-as normas jurídicas aplicáveis ao caso examinado.

Conclui-se que, na fundamentação das decisões dos processos de apuração de ato infracional, não podem os magistrados continuar a utilizar-se de praxes de julgamento vazias de conteúdo, com frases utilizadas incessantemente para demonstrar o resultado do julgamento, que serão sempre inconstitucionais, e por via de consequência nulos de pleno, qualquer, sem exceção; provenientes da inércia e acomodamento dos profissionais e que consequentemente não apresentam recursos sob hipótese alguma.

Assim, é fundamental que tais decisões não sejam vazias de conteúdo, fator condicionante da própria validade dos atos decisórios e inquestionável garantia inerente à própria noção do Estado Democrático de Direito, para que ao final esse poder absoluto não se sobressaia à função Social carreada pelo Devido Processo Legal, ou seja, é a segurança no sentido amplo e prático, de ter a oportunidade de opor-se a magnitude dos magistrados no processo de apuração de ato infracional, como medida da mais ampla justiça.

BIBLIOGRAFIA:

- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 2003.
- CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários Jurídicos Sociais, Maleiros Editores Ltda. São Paulo, 2001.
- SILVA, José Luis Mônaco da, Estatuto da Criança e do Adolescente – 852 Perguntas e Respostas – Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Prática de Processo Penal, 22ª edição, Saraiva, São Paulo: 2001,739p. (pág. 398).
- AMARAL, Julio Ricardo de Paula: “Princípios de Processo Civil na Constituição Federal” – Fonte site www.jusnavegandi.com.br
- BULOS, Uadi Lammêgo: Constituição Federal Anotada, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 2001.

A APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA E DE PROTEÇÃO

Maynara Lima

Advogada do Centro de Defesa Zumbi dos Palmares – Maceió

Após a prática do ato infracional, respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do fato tipificado como crime nos moldes da legislação penal brasileira, poderá ser aplicada ao adolescente em conflito com a lei, quaisquer das medidas elencadas no art. 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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.

Em que pese a redação do art. 99 c/c 113 do ECA, prever que as medidas protetivas e sócio-educativas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, e ainda, substituídas, deixou a referida norma de traçar aspectos determinantes na aplicabilidade destes artigos, cabendo, por conseguinte, à doutrina a construção e identificação do processamento prático destes institutos, dos quais faremos breves comentários.

1. Cumulatividade

Consoante já mencionado, a regra da cumulatividade vem exposta no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 99¹, no capítulo dedicado às medidas protetivas. Entretanto, é o art. 113² da referida norma quem abrange o instituto às medidas sócio-educativas.

Deste modo, 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, respeitado, ainda, o que preceitua o § 1º, do art. 112, ou seja, “a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

¹ Art. 99. As medidas previstas neste capítulo (*Das medidas de proteção*), poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.

² Art. 113. Aplica-se a este capítulo (*Das medidas sócio-educativas*) o disposto nos art. 99 e 100.

Entenda-se, entretanto, esta compatibilidade como a interação entre os conteúdos pedagógicos que cada medida sócio-educativa traz em seu bojo.

Segundo ensinamento de Flávio Américo Frasseto,

somente são cumuláveis as medidas que detenham o mesmo grau de abrangência pedagógica. Abrangência pedagógica consiste na amplitude da intervenção da estratégia pedagógica, ou em outras palavras, na intensidade dos meios pedagógicos utilizados na inibição da reincidência.³

Obviamente as medidas sócio-educativas trazem em si diferentes cargas pedagógicas, e assim, tem-se que, em regra, aos atos infracionais mais graves correspondem medidas sócio-educativas mais severas, as quais requerem maior acompanhamento técnico, e, por conseguinte, recebem os adolescentes a elas submetidos uma “dosagem” pedagógica superior se comparado aqueles submetidos à medidas sócio-educativas em meio aberto.

O que parece complexo é, na verdade, de simples entendimento. Senão vejamos:

1) Sendo aplicadas duas medidas em meio aberto, nada obsta a cumulação, ainda mais se uma das medidas for uma daquelas medidas de proteção preconizadas no art. 101 da lei 8069/90; 2) Sendo, contudo, aplicada uma medida privativa de liberdade, torna-se impossível a cumulação com outra medida sócio-educativa, podendo, todavia, ser cumulada a uma protetiva, especialmente se houver evidente necessidade de tratamento de saúde.

Importante acrescentar, ainda, que o espírito do Estatuto visa atender também ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, e, sendo assim, não delimita a incidência das referidas medidas de proteção, podendo ser aplicadas de acordo com o convencimento da autoridade competente, de acordo com as necessidades pedagógicas e objetivando o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.⁴

A jurisprudência nacional também entende a matéria considerando que a aplicabilidade do ECA no que diz respeito à possibilidade de cumulação de medidas sócio-educativas, é plena, assim interpretando a questão:

³ Flávio Américo FRASSETO, *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas sócio-educativas – Breves comentários à proposta de lei de diretrizes sócio-educativas*. Acesso www.abmp.org.br/sites/frasseto/.

⁴ Art. 100, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

ADOLESCENTE - Medida sócio-educativa - Cumulação de advertência e prestação de serviços - Admissibilidade - Inteligência dos art. 99 e 112 da Lei 8.069/90. É admissível a cumulação das medidas sócio-educativas de advertência e prestação de serviços previstas no art. 112 da Lei 8.069/90, pois nos termos do art. 99 do mesmo estatuto tais medidas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente” (DJU 27.04.1998. Rel. Min. Vicente Leal).

2. Substituição entre as medidas sócio-educativas

Como o próprio nome já sugere, o instituto da substituição preconizado no ECA, 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, jamais permitindo a substituição entre as primeiras e estas últimas.

Por óbvia análise, vê-se que o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente ao permitir a substituição, visa garantir terminantemente a aplicação da medida sócio-educativa mais adequada à realidade apresentada pelo adolescente em conflito com a lei ou nos casos elencados no art. 98 da referida norma.

Deste modo, na efetiva aplicação destas medidas, e, levando-se em consideração que a lei 8069/90, em seu art. 100, garante que “na aplicação das medidas, levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”, ainda em corroboração ao art. 99 que traz em si a possibilidade real de substituição e cumulação das medidas, vê-se que todas as medidas podem ser substituídas a qualquer tempo, ressalvando-se, obviamente, a impossibilidade de asseveramento da medida, visto que para a aplicação da internação, por exemplo, far-se-ia necessário o descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta, nos moldes do que prevê o art. 122, III, jamais a não adequação do adolescente à medida em meio aberto⁵.

Sendo a substituição a mera troca entre as medidas que mantêm entre si a mesma carga pedagógica, o seu objetivo central é o direcionamento do adolescente à medida mais adequada à sua evolução pessoal, sócio-familiar e psíquica, sem, contudo, haver a prática de um novo ato infracional.

⁵ Sendo assim, a mesma interpretação deve ser dada à semiliberdade, visto que esta também é medida restritiva de liberdade.

Importante ressaltar que embora a regressão de medida possa parecer uma substituição, com ela não se confunde, posto que aquela não se preocupa com a evolução do adolescente, apenas impõe a ela uma sanção pelo descumprimento reiterado da media que lhe fora imposta. Seu prazo é pré-fixado – 3 meses – nos termos do art. 122, III do Estatuto da Criança e do Adolescente, independentemente da prática e novo ato infracional, cuja decretação necessita da oitiva do adolescente⁶, para que lhe seja garantido os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

3. Da execução das medidas sócio-educativas - considerações gerais

Comprovada a prática de um ato infracional, bem como a sua autoria, será aplicada ao adolescente em conflito com a lei, uma medida preconizadas nos art.101 ou 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Poderá, ainda, o Magistrado aplicar ao adolescente uma medida sócio-educativa cumulada com uma medida protetiva, sempre utilizando como princípio norteador, a aplicação das medidas pedagogicamente mais adequadas a vista do processo de re-socialização do adolescente.

Entretanto, a partir da aplicação ao adolescente autor ou não de um ato infracional, de medidas sócio-educativas ou protetivas, duas situações se mostram emblemáticas: 1) havendo o descumprimento de uma das medidas protetivas esculpidas no art. 101, quais providências podem ser tomadas pelo Juiz competente? 2) Se

⁶ STJ - HC 11302/SP ; *HABEAS CORPUS* (1999/0105316-1) Fonte DJ DATA:20/03/2000 PG:00088 Relator(a) Min. GILSON DIPP (1111) Data da Decisão 08/02/2000 Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA Ementa HC. ECA. REGRESSÃO DE MEDIDA SEM A OITIVA DO MENOR-INFRACTOR. NECESSIDADE DE SUA INTIMAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. I. A determinação de regressão de medidas reclama a oitiva do menor-infrator, para que se manifeste a respeito do descumprimento da medida de semiliberdade originariamente determinada e que deu causa a regressão à medida de internação mais rigorosa, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa. II. Ordem concedida para, anulando a decisão monocrática, determinar o prosseguimento da medida de semiliberdade originária, com a intimação do paciente para a justificação devida. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para, anulando a decisão de primeiro grau, determinar o prosseguimento da medida de semiliberdade originária, com a intimação do paciente para a justificação devida. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezini, José Arnaldo, Edson Vidigal e Felix Fischer.

STJ - RHC 9405/SP ; RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* (1999/0114292-0) Fonte DJ DATA:08/03/2000 PG:00134 Relator(a) Min. EDSON VIDIGAL (1074) Data da Decisão 03/02/2000 Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Ementa

PENAL. ADOLESCENTE INFRACTOR. SEMILIBERDADE REVOGAÇÃO. INTERNAÇÃO. CONSTANGIMENTO ILEGAL. “*HABEAS CORPUS*”.1. A reversão da medida de semiliberdade para a internação deve obedecer às garantias previstas na CF, Art. 5º, LIV e IV, e no ECA, Art. 110, III, V e VI. Há que ser assegurado, ao adolescente, o exercício do direito de defesa. 2. Recurso a que se dá provimento. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao Recurso para restabelecer a medida sócio-educativa da liberdade assistida, sem prejuízo de que nova internação venha a ser decretada, observados os devidos comandos legais, determinando que se expeça o competente contramandado de busca e apreensão em favor do recorrente. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Félix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezini e José Arnaldo.

durante o cumprimento de uma medida sócio-educativa, o adolescente maior de 18 anos envolver-se na prática de um crime, o que prevalece? A medida sócio-educativa, que, sendo assim, deve aguardar o seu cumprimento para posteriormente iniciar o procedimento penal; ou dever-se-á cessar a aplicação da medida para iniciar desde logo o devido procedimento penal, aplicando o processo penal competente?

Vislumbra-se, portanto, que malgrado haver previsão legal para a aplicação das medidas em análise, não o há no que pertine à forma de sua aplicação, bem como a sua prevalência diante da prática de crime, pelo jovem adulto, razão pela qual faz-se mister a análise a seguir, enfocando-a à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. O descumprimento das medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA

Segundo o art. 98 da lei nº 8069/90, as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, seja por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão da conduta do próprio indivíduo.

Assim, verificada a ocorrência de uma destas hipóteses, deverá a autoridade competente aplicar ao adolescente uma das medidas protetivas estabelecidas no art. 101, as quais se encontram assim estabelecidas:

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 de ensino fundamental;
- 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.

Entretanto, apesar de Estatuto da Criança e do Adolescente especificar as medidas protetivas a serem aplicadas, silencia quanto as conseqüências de seu descumprimento, deixando que a interpretação doutrinária preenchesse esta lacuna. Desta forma, torna-se imprescindível traçar um paralelo com as medidas sócio-educativas trazidas no art. 112 do mesmo diploma legal.

Importante observar consoante dispõe o art. 122, III: “A medida de internação só poderá ser aplicada quando: (...) III. Por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

Primeiramente, cumpre observar que ao tratar do descumprimento da medida, refere-se a lei especial à medida sócio-educativa, pois a medida de proteção descumprida não acarreta sanção ao adolescente, mas apenas demonstra a necessidade de uma releitura da sua adequação à medida imposta, devendo, por conseguinte, ser efetuado um novo plano pedagógico para o mesmo.

Entretanto, da prática dos Juizados da Infância e da Juventude, observa-se que as medidas de proteção costumam vir cumuladas às medidas sócio-educativas, razão pela qual a conseqüência do descumprimento destas, refletem àquelas, dando margem à aplicação do instituto da regressão de medida.

Importante salientar, todavia, que para a aplicação da regressão faz-se mister a observância de algumas peculiaridades.

Não obstante o art. 122, III, trazer a possibilidade de internação mediante o descumprimento reiterado e injustificável de outra medida anteriormente imposta, a Jurisprudência já vem se firmando há algum tempo criando coerentes parâmetros para a interpretação deste preceito legal⁷. Vejamos:

A tutela do menor infrator merece maiores cuidados que aquela deferida ao maior delinqüente. **Assim, a ampla defesa deve ser observada ainda com rigor quando se tratar de processos disciplinados pelo ECA.** No caso dos autos, o menor não

⁷ O Superior tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal federal, respectivamente, assim se pronunciaram acerca da questão: “É posição desta Corte que a determinação de regressão de medidas reclama a oitiva do menor-infrator para que se manifeste a respeito do descumprimento da semiliberdade originariamente determinada – que serviu de fundamento para a regressão à medida de internação mais rigorosa, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa” (STJ – *habeas corpus* nº 11.302). “E.C.A. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. REGIME DE SEMILIBERDADE. FUGA. INTERNAÇÃO. INAPLICABILIDADE. Na internação, por força de descumprimento do regime da semiliberdade, é de ser observado o contido nos art. 121 e 122, inciso III, do ECA. A internação com fulcro em valorações genéricas, tais como a falta de adaptação, carece de supedâneo nos dispositivos legais referidos. Writ concedido. *Habeas corpus* deferido.” (*Biblioteca dos Direitos da Criança* ABMP - Jurisprudência - Vol. 01/97HC 74.715-9-SP, STE, 2ª T, Rel. Min. Maurício Corrêa, vu 18/03/97, DJ 1 16/05/97, p. 19.951).

foi ouvido, não tendo tido a oportunidade de se manifestar a respeito do descumprimento da medida sócio-educativa. (...) **Esta Corte tem entendido que a decisão que determina a regressão de medida de semiliberdade para internação, por constituir restrição ao *status libertatis*, não pode prescindir da oitiva do adolescente infrator, sob pena de nulidade, por ofensa ao postulado constitucional do devido processo legal (HC nº 9287 - STJ) (g.n.)**

O descumprimento injustificado e reiterado de medida sócio-educativa autoriza, não há dúvida, a internação do adolescente recalcitrante. Mas há que se assegurar a ele, previamente, o direito de ser ouvido, pela autoridade judiciária, acerca dos motivos do não cumprimento das obrigações que lhe cabem. Para que assim se possa afirmar, com segurança, que a contumácia foi injustificada” (TJSP - agravo de instrumento n. 24.088-0/6 - rel. Dirceu de Mello - TJSP)

Adolescente que não retornando à unidade educacional, tem contra si pedido de internação. Indeferimento Relevância de, antes da decisão, ensejar-se-lhe a audiência. A aplicação da internação, calcada no inciso III do art. 122 do ECA, pressupõe descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. O não retorno do infrator à unidade educacional deixa de caracterizar reiteração no descumprimento dessa medida. Demais, ainda que essa conduta, isolada, configurasse tal pressuposto, a oitiva do jovem sobre o descumprimento da medida seria imprescindível para a aferição do outro requisito da internação, a saber a injustificabilidade dessa violação. É mister assegurar-lhe a garantia da defesa e do contraditório”(ap. Cível 24.005.0/9 - rel. Ney Almada - TJSP)

No que se refere exclusivamente às medidas de proteção, consoante prevê a Lei 8.069/90, estas “poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo”⁸. Entretanto, não se pode entender que a

⁸ Art. 99, da Lei 8.069/90: “As medidas previstas neste capítulo poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo”.

norma permite a regressão de uma medida protetiva para outra sócio-educativa, especialmente se privativa de liberdade.

Malgrado prever a norma a possibilidade de substituição como já mencionado, vem, todavia, a restringi-la, ao condicionar a sua aplicação à necessidade pedagógica, de fortalecimento de vínculos familiares e pedagógicos.

Neste aspecto, a medida sócio-educativa possui conotações distintas e objetivos diversos. Ainda que muito controversa, já se firma solidamente a idéia de que a medida sócio-educativa traz em si uma carga significativamente sancionatória, retributiva. O que não significa dizer que não possui caráter pedagógico, mas este, vale dizer, é violentamente esmagado diante da concepção do “castigo” que sofre o adolescente autor de ato infracional.

Assim, a diferença de desígnios entre a medida sócio-educativa e a de proteção, evidencia a impossibilidade do descumprimento desta gerar uma espécie daquela; São institutos diversos que não se confundem, apenas se complementam quando são cumulativamente impostas pela autoridade competente.

2. Medida sócio-educativa x crime

Um tema de grande controvérsia é a continuidade de um jovem maior de 18 (dezoito) anos em uma das medidas sócio-educativas elencadas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo após a prática de um crime.

Aplica-se a Lei 8069/90 às crianças e adolescentes, entendendo aquelas como pessoas até 12 anos de idade, e estes, pessoas até a idade de 18 anos. Entretanto, o parágrafo único do art. 2º acrescenta que “nos casos expressos em lei, aplica-se este estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”. Ademais, ao se referir à medida sócio-educativa de internação, estabelece que esta não excederá três anos, o que demonstra a plena aplicabilidade do referido diploma legal aos maiores de 18 e menores de 21 anos de idade, independentemente, é claro, do estabelecido na lei civil⁹.

Entretanto, ante a prática de crime durante o cumprimento de uma medida sócio-educativa, esta questão se torna bastante conflituosa. Contudo, algumas considerações precisam ser feitas para que estas controvérsias sejam sanadas. Para nós há duas situações:

⁹ Não entendemos, portanto, que a redução da maioridade civil tenha qualquer implicação, principalmente, nas normas protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que a intenção do legislador não foi harmonizar esta lei com o Código Civil vigente à época - tanto que não lhe faz qualquer menção - mas sim estender a sua abrangência a todas as pessoas com idade até 21 anos, ampliando, assim o seu campo de proteção.

Se após a prática do crime, o jovem permanece em liberdade, não tendo sido iniciado qualquer procedimento contra si, ainda que o Juízo da Infância e da Juventude seja sabedor deste fato, deverá o mesmo continuar sendo acompanhado por este Juízo especial, até que alguma outra medida seja-lhe decretada.

Sendo assim, ainda que submetido à medida sócio-educativa de internação, se nenhum procedimento houver, deverá o jovem permanecer na Unidade de Internação ou até que seja liberado pelos trâmites normais determinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ou até que seja decretada alguma outra sanção penal, momento em que restará realmente cessada a aplicabilidade da Lei. 8069/90, e, por conseguinte, plenamente cessada a medida sócio-educativa que lhe fora imposta

Noutra hipótese, caso o jovem esteja em prisão preventiva ou temporária, ou seja, se privado de liberdade e enquanto durar a fase de apuração do crime por ele cometido, entendemos que a medida sócio-educativa deverá ser sobrestada. Concluída a apuração, caso nenhuma pena seja aplicada ao jovem¹⁰, realizar-se-á um novo planejamento pedagógico para este, no qual dependendo de sua idade, poderá novamente ser acompanhado pelo Juízo da Infância e da Juventude.

Importante destacar, diferentemente do posicionamento ora defendido, uma situação ocorrida na comarca de Maceió, Estado de Alagoas, onde um jovem interno no Centro de Re-socialização masculina, por um porte ilegal de arma, praticado durante um período de fuga e após atingir a maioridade, recebeu a pena de prestação de serviço à comunidade a ser cumprida na própria unidade de internação.

Diante desta determinação, o adolescente fora encaminhado para a horta da Unidade de Internação, onde acompanhado de profissional habilitado, prestou serviços durante dois meses.

Nesta situação especificamente, até pôde ser possível a aplicação simultânea de uma pena e uma medida sócio-educativa, entretanto, observando as circunstâncias, vê-se que a pena de prestação de serviços à comunidade restou inócua, pois o cuidado com hortaliças já compreendia uma das atividades dos adolescentes internos naquele Centro de Re-socialização.

O STJ, por sua vez decidiu a questão entendendo que o fato de o adolescente completar sua maioridade civil, não retira do Estado o interesse de puni-lo, ou melhor de acompanhá-lo, até que tenha 21 anos, idade limite estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente por entender a conclusão do processo de desenvolvimento do indivíduo:

¹⁰ Por exemplo, em ocorrendo uma das excludentes de ilicitude, ou ainda, ante a inexistência de provas da autoria, situações às quais não serão aplicadas quaisquer penalidades.

CRIMINAL. RHC. ECA. PACIENTE QUE ATINGIU 18 ANOS CUMPRINDO MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA MEDIDA. CONSIDERAÇÃO DA DATA DO ATO INFRACIONAL PRATICADO. FALTA DE INTERESSE DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. Para a aplicação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se a idade do menor à data do fato, em atendimento ao intuito do referido Diploma Legal, o qual visa à re-socialização do adolescente, por meio de medidas que atentem às necessidades pedagógicas e ao caráter re-educativo. Precedente do STJ. Se a liberação obrigatória deve ocorrer somente quando o adolescente completar 21 anos de idade, não há que se falar em falta de interesse do Estado em punir o paciente, seja porque o mesmo já teria atingido 18 anos de idade, seja porque já estaria inserido no sistema penal dos imputáveis. Ausente o apontado constrangimento ilegal decorrente da manutenção da medida de internação do paciente. Recurso desprovido”. (RHC 12794 / RS ; RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* DJ DATA:03/02/2003 PG:003172002/0056010-6. Rel. Min. GILSON DIPP (1111). Dt decisão 22/10/2002; Órgão julgador: T5 – QUINTA TURMA).

Desse modo, procuramos incluir todas as demais circunstâncias em que reste questionada a prevalência do Código Penal ou do Estatuto da Criança e do Adolescente, na aplicação de penas ou medidas sócio-educativas, respectivamente.

AVALIAÇÕES TÉCNICAS E PROCESSO DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS

Raquel Bernard

Advogada do Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente
Mariano Cleber dos Santos – São Paulo

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um prazo máximo para medida sócio-educativa de internação e semiliberdade e prazo mínimo para medida sócio-educativa de liberdade-assistida. À exceção da prestação de serviços à comunidade, fixada por tempo determinado, a definição dos prazos de cumprimento das diversas medidas sócio-educativas ocorre em cada caso concreto por decisão judicial. Para orientar a decisão judicial, os técnicos responsáveis pelo acompanhamento da medida relatam periodicamente ao magistrado, através de relatórios, a evolução do caso.

Vê-se, assim, que a avaliação periódica do cumprimento da medida sócio-educativa é da essência das medidas com duração indeterminada e busca apreciar se o regime imposto, através de sua estratégia pedagógica, atingiu sua finalidade, favorecendo a convivência social harmônica e pacífica em sociedade pelo adolescente, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Durante o período em que a medida sócio-educativa é aplicada, vários fatores podem favorecer ou dificultar seu cumprimento.

A distância entre o local de moradia deste adolescente e o local em que este cumpre a medida sócio-educativa é de extrema importância, seja qual for a medida aplicada. No caso da liberdade-assistida ou prestação de serviços à comunidade, se o jovem precisar locomover-se a locais distantes, terá de arcar com custos de deslocamento e adequar seus horários de escola e demais atividades diárias. Por outro lado, caso o jovem permaneça privado de sua liberdade, para que mantenha seus vínculos familiares, precisará contar com as visitas de seus responsáveis, cabendo a estes por sua vez, arcar com as despesas de locomoção. É fundamental que a medida sócio-educativa seja desenvolvida em local próximo à residência do adolescente e de seus familiares.

Caberá às diversas equipes técnicas o “manejo” da execução da medida sócio-educativa. Em primeiro lugar, tais equipes, compostas por profissionais das carreiras de Pedagogia, Psicologia, Serviço ou Ciência Social, elaboram relatório Inicial, no qual procedem a profundo estudo de caso e traçam a linha de trabalho

que será aplicado no caso concreto, especificando as intervenções necessárias. Desenham, assim, um plano de atendimento, investigando, por exemplo, se há necessidade de acompanhamento psicoterápico, de drogadição, qual as aptidões do jovem (para definir cursos profissionalizantes) e qual o grau de escolarização (para definir as atividades escolares).

Juntado o relatório Inicial aos autos, deve-se abrir vistas ao Ministério Público e ao defensor, sempre em respeito ao princípio do contraditório. Aqui, o papel desempenhado pelo representante do Ministério Público é extremamente relevante, uma vez que, zelando pelo fiel cumprimento da Constituição Federal e da lei, pode garantir o êxito na execução das medidas, inibindo a prática de novos atos infracionais bem como de futuros crimes.

Após as manifestações do Ministério Público e da Defesa, será o momento para o Juiz de Direito decidir, impulsionando o procedimento. Cabe-lhe, analisando as ponderações das partes, deliberar de modo a garantir que os direitos dos adolescentes submetidos à medida sejam plenamente respeitados, requisitando serviços públicos para atendê-los sempre que necessário.

Cabe ao magistrado, também, sempre que tomar conhecimento dos relatórios técnicos, decidir fundamentadamente se mantém ou não a medida em curso.

Uma vez deliberada a continuidade da aplicação da medida sócio-educativa, em prazo razoável (para um ser humano em situação de desenvolvimento, podemos falar em dois a três meses) a equipe multiprofissional responsável enviará novo relatório.

Este relatório informará as partes do processo sobre a forma como está reagindo o adolescente ao plano pedagógico-social individual elaborado e, principalmente, se tal plano, na prática, está surtindo o efeito desejado. Possivelmente a equipe multiprofissional de acompanhamento perceberá a necessidade de alterar um planejamento, visto que se trabalha com um ser humano em desenvolvimento.

Inexiste regra definida quando o assunto é o comportamento humano. Adolescentes que praticaram o mesmo ato infracional necessitarão de atendimento diferenciado. Não é a prática do ato infracional que os iguala, e sim o fato de viverem uma situação de vida particularmente específica, e diga-se, historicamente construída, qual seja: a adolescência.

Assim como cada corpo humano reage diferentemente a um veneno ou a uma substância tóxica (seja droga ilícita ou comida deteriorada) cada subjetividade reagirá diferentemente a uma intervenção pedagógica e à privação de liberdade. Alguns jovens suportarão melhor a situação de se encontrarem submetidos a uma medida sócio-educativa encarando uma série de limitações em sua vida habitual,

outros precisarão de maior apoio para enfrentar a mesma situação.

Esse entendimento é fundamental para todos que trabalham com adolescentes, sejam psicólogos, pedagogos ou operadores de direito.

Não se pode afirmar, jamais, que a medida sócio-educativa será extinta no primeiro, segundo ou no quarto relatório técnico enviado ao processo de execução sócio-educativa. Não se trata de uma fórmula matemática. Quando o material sobre o qual se trabalha é um ser vivo, não existem regras definidas. Cada caso é um caso e é a partir desta premissa que fica clara a salutar importância de todos os atores envolvidos na aplicação de uma medida sócio-educativa. Fundamental o trabalho da equipe técnica responsável pelo planejamento e execução direta da medida, assim como daqueles que interagem no procedimento judicial que disciplina esta execução (Ministério Público, Defesa e Juiz de Direito).

A defesa técnica do adolescente autor de ato infracional não se limita a pugnar pela extinção da medida sócio-educativa, interessa-lhe também que a medida seja cumprida de forma a surtir um efeito positivo não somente ao jovem como a toda a sociedade, da qual aquele é “fruto”, note-se.

Reavaliar uma medida sócio-educativa, verificando se deve prosseguir ou se já esgotou sua finalidade é tarefa de extrema responsabilidade. Em que pesem as características próprias das ciências humanas a decisão do magistrado ao reavaliar e optar pela continuidade de aplicação de uma medida sócio-educativa deve-se fundamentar em critérios jurídicos e científicos.

Um juízo de valor moral não poderá, jamais, ocupar tal espaço. Desta forma, impossível pautar-se pela gravidade do delito para exigir um ou outro tipo específico de exame psicológico ou psiquiátrico ou para simplesmente manter a internação. O que pauta a aplicação e a execução da medida sócio-educativa é o Plano Pedagógico elaborado no início da execução. Sem um plano, a intervenção sócio-educativa fica sem rumo, e o que se vê são jovens lavando banheiro em escolas e hospitais (prestação de serviços à comunidade ou aproveitamento de mão-de-obra gratuita?); jovens que comparecem a postos de atendimento e em cinco minutos, utilizando-se de monossílabos, encerram uma “entrevista” (liberdade-assistida?); ou, pior, jovens que, privados de liberdade, são aleatoriamente transferidos para diversas Unidades de Internação sem a preocupação de garantir a continuidade ao trabalho desenvolvido pela equipe técnica anterior.

São os profissionais que trabalham diretamente com o jovem os mais aptos a avaliarem os casos, uma vez que podem presenciar e verificar as atitudes e condutas dos jovens em diversas situações. De fato, cada Juízo conta com Equipe Técnica especializada e de sua confiança, a qual também é capaz de promover

avaliações. Todavia, o parecer de tais equipes não pode prevalecer a ponto de anular a avaliação da equipe multiprofissional responsável pelo atendimento direto ao adolescente.

As avaliações da equipe que atende diretamente o jovem e da equipe do juízo devem ser analisadas conjuntamente para um perfeito entendimento do desenvolvimento da medida sócio-educativa, levando-se em conta a forma de elaboração de cada uma. Em síntese, não se pode esquecer que tanto uma quanto outra equipe são formadas por profissionais concursados, competentes e habilitados e que a avaliação da equipe responsável pelo atendimento direto é mais completa porque o contato com o jovem ocorreu em tempo maior do que aquele reservado a uma entrevista.

Ainda, não se pode ignorar a forma pela qual as informações foram coletadas. A formalidade de uma entrevista dentro de um Fórum inegavelmente provoca no adolescente maior temor e apreensão. Aliás, não raramente os advogados presenciam testemunhas idôneas tremerem durante uma simples audiência, ainda que nelas não esteja em jogo seu destino.

O caráter de duração indeterminada de boa parte das medidas sócio-educativas se de um lado propicia adesão do jovem às propostas apresentadas (quanto mais aderir, menos tempo ficará sob a medida), de outro lado introduz uma grande insegurança no sistema de execução, posto que o jovem não tem condições de saber antecipadamente quando se desonerará do encargo que lhe foi imposto por sentença. Assim, é importante que o plano individual inicial delineie de forma mais clara possível as metas a serem alcançadas pelo jovem e crie indicadores objetivos para a verificação do alcance de tais metas. Somente assim o contraditório e a ampla defesa poderão ser assegurados ao longo do processo de execução. Somente assim o adolescente poderá ter um mínimo de controle sobre o procedimento e poderá efetivamente impugnar, através de seu defensor, o teor das avaliações técnicas.

Bibliografia

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro : Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- BIERRENBACH, Maria I., SADER, Emir, FIGUEIREDO, Cinthia. *Fogo no Pavilhão*. São Paulo : Brasiliense, 1987.
- CALLIGARIS, Contardo. *A adolescência*. São Paulo : Publifolha, 2000.
- COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos/OEA. *Relatoría de la niñez. La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, 2002.
- CUSSIÁNOVICH, Alejandro, MÁRQUEZ, Ana Maria. *Participação das crianças e adolescentes como protagonistas*. Save the Children Suécia – Escritório Regional para a América do Sul : Rio de Janeiro, 2002.
- FAUSTO, Boris. *Crime, cotidiano e poder*. São Paulo : Brasiliense, 1985.
- GREGORI, Maria Filomena. *Viração: experiências de meninos nas ruas*. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.
- HERZER, [Sandra Mara]. *A queda para o alto*. Petrópolis : Vozes, 1982.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- MENDES, Luiz Alberto. *Memórias de um sobrevivente*. São Paulo : Companhia das Letras, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo : Max Limonad, 2002.

AÇÕES EM FACE DO ESTADO PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Patricia Kelly Campos de Sousa
Assessora Jurídica do Centro de Defesa do Ceará

1. Direitos humanos de crianças e adolescentes.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica e política no Brasil, e possibilitou a adoção de instrumentos legais nacionais e internacionais para efetivação de direitos fundamentais da pessoa humana¹. Entre os documentos nacionais podemos destacar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), o Código de Defesa do Consumidor, a lei que disciplina o Sistema Único de Saúde e o novo Estatuto do Idoso.

Com a mesma importância, temos os tratados internacionais para proteção de direitos humanos celebrados na esfera das Nações Unidas (ONU) e dos Estados Americanos (OEA), que vinculam juridicamente o Brasil na esfera internacional. Referida normativa, entre outras não citadas, compõem, no ordenamento jurídico nacional, o aparato ideal para proteção e exigibilidade de direitos e garantias fundamentais.

Para Flávia Piovesan², citando Louis Henkin:

O termo “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são

¹Constituição Federal, art. 5º: “(...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (Constituição Federal de 1988)

² Flávia PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed., São Paulo : Max Limonad, 2002, p. 67.

usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar de acordo (Protocolo).

O reconhecimento da dignidade inerente ao homem e à mulher, da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, nos afasta das concepções mais conservadoras e elitistas que guiaram a fundação do Estado brasileiro e sua condução até a década de oitenta, e incorpora temas como valorização da vida, igualdade entre as pessoas, justiça social, desenvolvimento sustentável, promoção de grupos historicamente desfavorecidos (mulheres, criança, negros, índios) e participação social.

Está agora plenamente reconhecida a obrigação dos Estados de respeitar e garantir o gozo de direitos humanos, assim como promovê-los, adotando disposições de direito interno e medidas para o desenvolvimento progressivo da efetivação destes, inclusive com vinculação de recursos orçamentários^{3,4}, pois, segundo a legislação específica, a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º do ECA).

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, rompendo definitivamente com a doutrina da situação irregular, vigente com o Código de Menores e legislações anteriores, regulamentam o art. 227 da Constituição Federal⁵ que trata dos direitos infanto-juvenis e reconhece a todas as crianças e adolescentes o direito à proteção integral e à prioridade absoluta, além de todos os outros direitos inerentes à pessoa humana, privilegiando a família e a comunidade, eleitas como espaços de excelência para o desenvolvimento desta faixa da população.

³ Pacto de São José da Costa Rica, art. 26: "Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados."

⁴ Protocolo de São Salvador - Artigo 1. Obrigação de Adotar Medidas - Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

⁵ Constituição Federal, art. 227: "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 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."

A mudança de paradigmas afeta irreversivelmente a relação da família, da comunidade, da sociedade e do Estado com a infância, credora de proteção especial e integral para o desenvolvimento pleno e harmonioso de suas condições físicas, emocionais, espirituais, sociais, sexuais, em vista da situação especial na qual se encontra.

A institucionalização passa a ser a exceção⁶, e mesmo os abrigos devem sempre promover a convivência familiar e comunitária, a preservação dos vínculos familiares; a integração em família substituta quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem; o não-desmembramento de grupos de irmãos; devem evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados; além da preparação gradativa para o desligamento (art. 92 do ECA).

Os direitos humanos infanto-juvenis se projetam para a jurisdição internacional, e se submetem a mecanismos internacionais de monitoramento e de proteção, utilizáveis quando os mecanismos nacionais forem esgotados e se mostrarem inócuos, pois tratam-se de parâmetros mínimos, consensuados entre as nações signatárias da Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁷, num ato de soberania, que garante direitos aos cidadãos e deveres aos Estados.

Com a adesão aos pactos internacionais, os Estados assumem a obrigação de se adequarem administrativamente, politicamente e legislativamente, a fim de se harmonizarem aos tratados e assegurarem o conteúdo essencial dos direitos protegidos.

É importante ressaltar que além da Convenção Internacional dos Direitos da Criança vários outros instrumentos internacionais contemplam direitos infanto-juvenis. O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), por exemplo, promulgado através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (DOU 09.11.1992), em seu artigo dezenove, reconhece que toda “criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

Já o Protocolo de São Salvador (Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999 (DOU 31.12.1999), garante que toda criança, “seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de

⁶ Constituição Federal. Art. 227. V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

⁷ A Convenção sobre os Direitos da Criança foi promulgada no Brasil em 1990, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 (DOU 22.11.1990), e se destaca pelo superior número de ratificações. No entanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já reconhecia que crianças têm direito a cuidados e assistência especiais.

proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado” (artigo dezesseis)⁸.

Registre-se ainda que o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 27, veda a suspensão dos direitos determinados a crianças e adolescentes, entre outros, em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte.

Portanto, temos que crianças e adolescentes são dotadas de dignidade, são sujeitos de direitos e têm direitos humanos específicos, próprios de sua peculiar situação de desenvolvimento⁹, que podem ser demandados judicialmente, quando violados, por ações ou omissões, da família, da sociedade ou do Poder Público¹⁰.

2. A exigibilidade de direitos fundamentais de crianças e adolescentes

A Lei nº 8.069/90, além de reconhecer direitos, estabelece um sistema organizado para sua garantia, onde cada personagem tem seu papel, e juntos formam um conjunto dinâmico e criativo. Assim temos as polícias, o judiciário, o ministério público, os centros de defesa, os conselhos tutelares, a defensoria pública, zelando pela defesa dos direitos, atuando em casos concretos.

Por outro lado, fazendo a promoção desses direitos, temos os conselhos de defesa de direitos, atuando nas três esferas de poder, deliberando e fiscalizando as políticas públicas para crianças e adolescentes, através de representação paritária do poder público e da sociedade civil¹¹.

Articulado com os demais eixos (promoção e defesa), temos mais um: o controle. Nos espaços de controle temos as entidades envolvidas com crianças e adolescentes reunidas para cobrar, propor, fiscalizar, assessorar o Poder Público e os demais eixos para a ampliação e democratização do acesso aos serviços públicos e qualificação e melhoria na prestação de serviços. As entidades podem se organi-

⁸ Eis a íntegra do artigo: “Toda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais. Salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.”

⁹ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (DOU 16.07.1990, ret. DOU 27.09.1990)).

¹⁰ Art. 212: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes; § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil; § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

¹¹ Vide art. 204, II e § 7º do art. 227 da CF, combinados com art. 88, II da Lei nº 8.069/90.

zar em redes, fóruns, pactos, articulações e contribuem para que o sistema de garantias seja dinâmico, criativo e eficaz, pois esse conjunto, reunindo-se, discutindo e trocando experiências podem possibilitar a aceleração e o fortalecimento da universalização dos direitos.

Naturalmente o sistema tem falhas, e conta fundamentalmente com o poder de articulação, mobilização e disponibilidade dos personagens envolvidos de se comprometerem a atuar de forma integrada e participativa¹².

Em várias oportunidades, infelizmente, se fará necessário recorrer ao Poder Judiciário para restaurar ou reparar direitos violados, ou ainda para resguardar preventivamente que danos venham a ocorrer.

O ECA obviamente estende a crianças e adolescentes o direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e todos os seus consectários¹³. Assim sendo, a participação do advogado (ou defensor público) deixa de ser eventual para ser obrigatória, e todos os recursos previstos em lei são postos à sua disposição para proteção de interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência¹⁴, preferencialmente em varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude (art. 145 do ECA), ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores (art. 209 da mesma Lei).

Ademais, o Estatuto considera legitimados para as ações cíveis fundadas nesses direitos o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos infanto-juvenis (vide art. 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

¹² Para mais subsídios sobre o sistema de garantia de direitos, ver: *Sistema de Garantia de Direitos: um caminho para a proteção integral*, Centro Dom Hélder Câmara de Estudos e Ação Social – CENDHEC, Recife, 1999.

¹³ Constituição Federal, art. 227, IV: “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”.

¹⁴ Lei nº 8.069/9, Art. 208: “Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.”

Destaque-se a importância do fortalecimento da Defensoria Pública, ou sua criação naqueles estados onde ela infelizmente ainda não existe. Todas as pesquisas feitas por organismos nacionais e internacionais (IBGE, PNUD, UNICEF) apontam para o empobrecimento da infância, e isso só reforça a necessidade urgente de uma Defensoria e Ministério Públicos fortes e independentes para a defesa de direitos humanos infanto-juvenis.

A Constituição Federal previu vários instrumentos para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, entre eles o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV do art. 5º), e a violação deste direito especificamente se mostra gravíssima, pois é fator impeditivo para gozo de outros direitos.

Todos conhecemos crianças e adolescentes que estão tendo seu direito ao nome, à pensão alimentícia, à liberdade sexual, à integridade física e psicológica, à saúde, moradia, liberdade e à vida violados pela falta de oferta ou oferta irregular de assistência jurídica integral e gratuita pelo Poder Público.

A legislação que garante direitos pode e deve ser invocada em favor de crianças e adolescentes com direitos violados, ou na iminência de o sê-los, cabendo a utilização de todos os instrumentos/recursos processuais admitidos em direito: ações ordinárias, civis públicas, populares, mandados de segurança, *habeas corpus*, cautelares, além da possibilidade de antecipação de tutela específica, e da previsão constitucional do direito de petição “aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, independentemente do pagamento de taxas (inciso XXXIV do art. 5º da CF). Aliás, as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má fé (art. 141, §2º).

Estes recursos, repita-se, devem ser utilizados tanto para se evitar a situação de risco, como para restaurar direitos violados, inclusive quando a vítima está inserida no sistema sócio-educativo.

É importante ter como ponto de partida que a restrição de direitos, principalmente a privação de liberdade, fruto do processo sócio-educativo, ou ainda a quebra do poder familiar (denominado “pátrio poder” pelo Código Civil revogado) não podem servir de argumento para o acesso a políticas públicas, sob pena de retrocesso ao paradigma do Código de Menores, que privilegiava a institucionalização.

Ou seja, a quebra do poder familiar ou a aplicação de medida sócio-educativa não pode, sob hipótese alguma, ter como fundamento o acesso a serviços ou programas públicos.

O simples fato de ser criança no Brasil acarreta para a comunidade, a soci-

idade e o Poder Público, principalmente, obrigações de proteger integralmente e priorizar absolutamente as necessidades insatisfeitas, como visto anteriormente. A infância e a adolescência, por sua importância, deve ser alvo de políticas públicas permanentemente, como forma preventiva à situação de risco pessoal ou social, e não eventualmente, quando a violação de direito já foi perpetrada.

A prevenção (prevenção e promoção da saúde, educação, lazer esporte e cultura, moradia, alimentação) é mais digna e barata que a repressão/recuperação (restabelecimento da saúde, desintoxicação química, aplicação de medida sócio-educativa).

As políticas públicas devem estar voltadas a todos, e não apenas a grupos específicos, como outrora, com o Código de Menores (infratores, órfãos, carentes,...), e devem buscar eminentemente a promoção de direitos e a prevenção de riscos e não a reparação do dano, a recuperação do adolescente. É inadmissível e inconstitucional que a institucionalização seja a única via de acesso a políticas públicas.

3. Defesa jurídico-social do adolescente em conflito com a lei

Para o adolescente ou a adolescente autora de ato infracional não poderia ser diferente, pois repita-se, o Estatuto da Criança e do Adolescente está pautado na dignidade do ser humano e no direito à igualdade, portanto, é uma Lei para todos e todas, e não apenas para quem está em situação de risco (como autora ou vítima de violência).

Os direitos infanto-juvenis estão assegurados universalmente, outrossim para aqueles que se encontram em conflito com a lei, e que estão cumprindo medida sócio-educativa (MSE), cuja finalidade é eminentemente educativa¹⁵. Durante o cumprimento da MSE o adolescente ou a adolescente tem direito ao gozo de todos os direitos fundamentais, tanto os previstos no ECA como em outros diplomas nacionais e internacionais¹⁶. O ECA inclusive prevê procedimento para apu-

¹⁵ “*HABEAS CORPUS* – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL – MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA – LIBERDADE ASSISTIDA – CUMPRIMENTO DA MEDIDA – APELO MINISTERIAL – INTERNAÇÃO – 1. As medidas sócio-educativas não possuem o caráter punitivo-retributivo, pautando-se, em verdade, pelo Princípio da Reeducação e da Reintegração do Menor à Sociedade, promovendo socialmente sua família e estimulando o jovem para os estudos e para uma vida digna. 2. Sendo, antes mesmo do julgamento do recurso do órgão ministerial, cumprida e declarada extinta a medida imposta na sentença, torna-se prejudicado o recurso, cujo acórdão ordenou a internação do paciente. 3. Ordem concedida.” (STJ – HC 11821 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 13.08.2001 – p. 00275).

¹⁶ Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 37: “Os Estados Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;
- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será

ração de irregularidade nas entidades de atendimento¹⁷.

Portanto, o adolescente ou a adolescente que estejam em cumprimento de medida sócio-educativa, privativa de liberdade ou não, deve ter atendidos todos os seus direitos básicos, podendo recorrer ao Poder Judiciário para assegurar o seu

efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação. (...)

Artigo 40, I. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;

II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado;

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.”

¹⁷ Art. 191: “O procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos.

Parágrafo único. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada.”

gozo, como qualquer outra criança¹⁸.

Observe-se, no entanto, que com o monopólio da pretensão sócio-educativa, intensifica-se para o Poder Público o dever de atender a todo e qualquer direito fundamental de quem esteja cumprindo MSE, mormente porque é o Estado quem administra os recursos públicos, prioritariamente destinados ao público infante-juvenil.

Logo, podemos concluir que o Poder Público, em face do já exposto, notadamente do caráter educativo da medida sócio-educativa, deve abster-se de aplicar a medida que não possa ser executada dentro dos rigorosos limites legais, sob pena de desviar-se de sua natureza¹⁹ (local adequado, por exemplo).

Não é admissível que o sócio-educando sofra restrições além das determinadas pela sentença judicial transitada em julgado. Ademais, os parâmetros mínimos para o cumprimento da medida sócio-educativa por adolescente estão delineados no ECA, e a medida aplicada deve observar sua capacidade de cumprimento, as circunstâncias e a gravidade da infração. Durante a execução da MSE, deve-se proporcionar a promoção do adolescente e de sua família, mormente no que se refere à educação e profissionalização. Para tanto, estão postos à disposição todos os remédios constitucionais para garantias de direito

Além da defesa técnica patrocinada pelo defensor (público ou não), que vai desde o acompanhamento do adolescente, a elaboração de defesa prévia, produção de provas, apresentação de recursos, o causídico e a causídica devem estar atentos para o respeito de todos os direitos fundamentais do sócio-educando ou da sócio-educanda, a fim de que sua condição de sujeito de direitos específicos seja observada, bem como a medida atinja legitimamente e legalmente suas finalidades de educação e defesa social.

Para tanto, há a possibilidade de manejo de *habeas corpus* em favor do adolescente que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em

¹⁸ “RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO JUDICIAL – CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPOSSIBILIDADE – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DIREITO À SAÚDE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO DE CRIANÇAS CARENTES E ENFERMAS – LEI Nº 8.069/90 – I – É incabível a concessão de mandado de segurança para conferir efeito supressivo a agravo de instrumento interposto contra decisão judicial, salvo quando presente manifesta ilegalidade, inócurre no caso. Precedente do STJ. II – Concessão de medida liminar em ação civil pública mediante decisão fundamentada e respaldada no art. 12 da Lei nº 7.374/85, c/c o art. 11, § 2º, da Lei 8.069/90. III – Recurso conhecido, porém, improvido.” (STJ – ROMS 5986 – RS – 2º T. – Relª Minª Laurita Vaz – DJU 04.02.2002).

¹⁹ Observar, entre outros, os direitos elencados no art. 124 do ECA, em favor de adolescentes privados de liberdade.

sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder²⁰ (CF, art. 5º, inciso LXVIII); mandado de segurança para proteção de direito infanto-juvenil líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público²¹ (CF, art. 5º, inciso LXIX); ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa (CF, art. 5º, inciso LXXIII); além da ação civil pública, possibilitada ao ministério público e às associações que preencham os requisitos legais, para a proteção interesses difusos e coletivos²²⁻²³ (CF, art. 5º, inciso III).

²⁰ “*HABEAS CORPUS* – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL – MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA – INTERNAÇÃO-SANÇÃO – 1. A aplicação da internação (artigo 122, inciso III, ECA) está sujeita às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, caracterizando-se constrangimento ilegal a sua decretação sem a audiência prévia com o adolescente. 2. Ordem concedida.” (STJ – HC 12634 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 19.02.2001 – p. 00248).

“*HABEAS CORPUS* – ADOLESCENTE INFRATOR – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO PORTE ILEGAL DE ARMA – ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA – INTERNAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – O art. 122 do ECA enumera taxativamente as hipóteses em que pode ser decretada a internação de adolescente infrator. A expressão “reiteração no cometimento de outras infrações graves” (art. 122, II, do ECA) não se confunde com a reincidência. Esta, para a sua conformação, demanda a prática de dois atos infracionais. Aquela, para legitimar a internação, reclama a conjugação de três ou mais condutas anti-sociais, assinaladas por uma especial gravidade. Ordem concedida para assegurar ao paciente o cumprimento da medida sócio-educativa em regime de semiliberdade, nos termos da r. decisão de primeiro grau.” (STJ – HC 15082 – SP – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 23.04.2001 – p. 00174).

²¹ “REEXAME DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – MATRÍCULA NA 1ª SÉRIE DO 1º GRAU DE ESCOLA ESTADUAL – CRIANÇA COM POUCO MENOS DE SETE ANOS DE IDADE – POSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA – IMPROVIDO – Não se deve modificar situação de fato decorrente de concessão de liminar, que autorizou a matrícula de menor, com pouco menos de sete anos de idade, na 1ª série do ensino fundamental, quando já se encontra no fim do ano letivo, uma vez que o retorno à série de nível inferior lhe acarretaria prejuízo. Se a menor tem capacidade para acesso a nível mais elevado de ensino, o Estado deve assegurá-lo nos termos do inc. V, do art. 54 do ECA, e do inc. V, do art. 208 da CF.” (TJMS – ReexSen 2001.005843-2/0000-00 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – J. 20.08.2001)

“MANDADO DE SEGURANÇA – DIRETOR DE ESCOLA – MINISTÉRIO PÚBLICO – IMPETRAÇÃO – MENSALIDADE ESCOLAR – INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO – ACESSO DE MENORES – PROIBIÇÃO DE INGRESSO – VIOLAÇÃO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO DESPROVIDO – MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração por parte do Ministério Público contra ato de diretor de estabelecimento de ensino que, por inadimplência dos responsáveis pelos menores, matriculados regularmente no colégio, impede-os de continuar freqüentando as aulas. Afronta a direito constitucionalmente assegurado a toda pessoa ter acesso ao ensino e à educação. Violação, outrossim, do disposto no art. 53 do ECA. Sentença confirmatória da liminar antes concedida. Apelo do impetrado. Desprovemento.” (TJRJ – AC 4106/2000 – (28092000) – 13ª C.Cív. – Rel. Des. Azevedo Pinto – J. 10.08.2000).

²² “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFERIMENTO DE LIMINAR – MATRÍCULA NO CICLO I DO ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE ESTADUAL, DE CRIANÇAS QUE ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 1999 COMPLETEM A IDADE DE SEIS ANOS – PRESENTES – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E PRESTAÇÃO DE EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHES E PRÉ-ESCOLA – MATÉRIA NÃO APRECIADA NA DECISÃO RECORRIDA – NÃO-OBSERVÂNCIA DO ART. 524, I E II DO CPC – NÃO-CONHECIMENTO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA – AFASTADA – REQUISITOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA – PRESENTES – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA PARTE IMPROVIDO – Não atende à exigência do art. 524, incisos I e II, do CPC, o recurso cuja pretensão é discutir fato e direito estranho ao que foi apreciado na decisão agravada, já que não se pode impugnar aquilo que não se decidiu. Não é nula a decisão que bem analisou os requisitos exigidos para a concessão da liminar, assim o fez com embasamento no art. 213 do ECA e na Constituição Federal. Nega-se provimento ao agravo se na decisão recorrida se fazem presentes os requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, que autorizam a providência determinada, máxime pela relevância do ensino fundamental e da possibilidade de ser inócuo o provimento jurisdicional nesse sentido, quando do julgamento da ação civil pública.” (TJMS – AG-AG 1000.072481-4/0002.00 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – J. 07.02.2001)

“ESTATUTO DE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – Agravo de instrumento contra decisão que concedeu liminar em ação civil pública garantindo a

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece-se ainda, explicitamente, a necessidade de especialização e individualização (nunca discriminação) do atendimento prestado a adolescentes portadores de doença ou necessidades especiais²⁴ -²⁵.

Onde não houver vara especializada da infância e da adolescência, e nos Tribunais, em caso de recursos ou de competência originária, observar-se-á a precedência de atendimento, bem como nos órgãos da administração pública, provocados através de petições administrativas (CF, art. 5º, inciso XXXIV, alínea a).

menores o direito a vaga em creche municipal – Concessão de liminar que, observados os requisitos legais, não configura indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, mas caracterizaria o zelo próprio deste Poder no exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas em vigor – Inteligência dos artigos 208, IV e 211, § 2º da Constituição Federal e 54, IV, 208, caput e inciso III, 213, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente – Restrição à concessão de liminar sem a oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público, como prevista no artigo 2º da Lei nº 8.437/92, que a par de questionável em face do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, estaria prejudicada pela manutenção da decisão em primeiro grau após a exposição das razões para a não concessão pela pessoa jurídica de direito público – Exame de mérito que deve ser realizado em apelação contra a sentença de primeiro grau já prolatada – Recurso de agravo prejudicado.” (TJSP – AI 63.083-0 – Santo André – C.Esp. – Rel. Álvaro Lazzarini – J. 04.11.1999 – v. u.)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – ESTABELECIMENTO DE ENSINO – AMEAÇA – DANOS CAUSADOS AO ALUNO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – Direito da criança e do adolescente. Doutrina da Proteção Integral. O Estatuto da Criança e do Adolescente protegeu determinados bens jurídicos adotando a doutrina da proteção integral para considerar a criança e o adolescente sujeitos de direitos, enumerando os aspectos dessa proteção e estruturando instrumentos objetivos para a adequada e eficaz proteção dos direitos substantivos legalmente consagrados. Agressões e ameaças verbais a determinado grupo de alunos, dando ensejo à defesa de todos, de forma coletiva, por iniciativa de qualquer um dos legitimados legais, ocupando o Ministério Público o primeiro lugar nesse rol. Sentença que se confirma para coibir os excessos cometidos em nome de uma boa educação. Punição, entretanto, que não pode ser quantificada em termos individuais, por não revestir caráter indenizatório. Apelação parcialmente provida.” (LCR). (TJRJ – AC 10049/98 – (Reg. 030599) – 9º C.Cív. – Rel. Des. Laerson Mauro – J. 02.03.1999).

²³ “REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ESTADO CONDENADO A PRESTAR ACESSO E O SERVIÇO DE SAÚDE A MENOR EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – SENTENÇA MONOCRÁTICA CONFIRMADA – É dever do Estado custear as despesas para tratamento médico em outra Unidade da Federação quando não proporciona, em seu território, o tratamento requerido pelo menor, pois cabe-lhe assegurar o direito à vida e à saúde de todos, em especial, à criança e ao adolescente, nos termos dos art. 196 e 227 da Constituição Federal c/c os art. 4º, 7º e 11, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e art. 135 e 138 da Constituição Estadual.” (TJRR – RN 004/01 – CM – Rel. Des. Robério Nunes – DJRR 16.05.2001 – p. 3)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – Prazo de trinta dias para oferta de tratamento de saúde a menor – Artigos 4º, parágrafo único, letra b; 11, § 1º, e 208, VII do Estatuto da Criança e do Adolescente – Multa estipulada na hipótese de descumprimento da liminar – Admissibilidade – Finalidade de obrigar o devedor a cumprir a obrigação pleiteada – Recurso não provido.” (TJSP – AI 19.491-0 – São José dos Campos – Rel. Des. Lair Loureiro – J. 18.08.1994)

²⁴ Ver Decreto nº 3.956, de 08.10.2001, (DOU 09.10.2001), que promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

²⁵ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MENOR DEFICIENTE – OBJETIVO – Compelir a Fazenda Pública do Estado de São Paulo a prestar atendimento especializado a menor portador de deficiência. Cabimento. Dever do Estado previsto nas Constituições Federal e Estadual, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.” (TJSP – AC 24.332-0 – SP – Câm. Especial- Des. Carlos Ortiz – J. 28.09.1995) (AASP 1968/72-e)

Bibliografia

- BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. Rio de Janeiro : Aide, 2002.
- JÚNIOR, Mário Volpi et al. *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal*. 2. ed. São Paulo : Cortez, 1998.
- LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 2000.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da Advocacia : comentários e jurisprudência selecionada*. 3. ed.: OAB/SC, 2001.
- SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil adolescente e ato infracional : garantias processuais e medidas sócio-educativas*. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

PARTE II
CD-Room com Jurisprudência

DIAGRAMAÇÃO . PRÉ-IMPRESSÃO . IMPRESSÃO . ACABAMENTO



51 588.3741 | vallup@terra.com.br

www.vallup.com.br