

KARLO KOITI KAWAMURA

**Atuação do Ministério Público no procedimento
de apuração de prática de ato infracional**

Orientador: Prof. Nuno de Campos

Florianópolis, junho de 1997

KARLO KOITI KAWAMURA

**Atuação do Ministério Público no procedimento
de apuração de prática de ato infracional**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito para
a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Nuno de Campos

Florianópolis, junho de 1997

KARLO KOITI KAWAMURA

**Atuação do Ministério Público no procedimento
de apuração de ato infracional**

Monografia aprovada no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito


Orientador: Prof. Nuno de Campos

Presidente


Prof.^a Josiane Rose Petry Veronese

Membro


Prof. José Alcebíades de Oliveira Júnior

Membro

Florianópolis, 19 de junho de 1997.

AGRADECIMENTOS

Ao ilustre professor Nuno de Campos, sem o qual o presente trabalho não teria sido realizado.

Ao corpo docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pelos ensinamentos que com eles auferi ao longo da vida acadêmica.

Aos ilustres Procuradores de Justiça Dr. José Francisco Hoepers e Dr.^a Rosa Maria Garcia, pelos conhecimentos que pacientemente me transmitiram, durante o período que com eles estagiei.

À digníssima Promotora de Justiça Dr.^a Ivanise S. de Oliveira, profissional irretocável, de grande saber jurídico, e acima de tudo, grandiosa amiga, que sempre esteve ao meu lado, sendo a pessoa com quem pude contar nos momentos mais difíceis.

À assessora jurídica do Centro de Promotorias da Infância da Procuradoria Geral de Justiça deste Estado, Dr.^a Ilse Granzotto Nunes, que gentilmente prestou sua colaboração para tornar esta monografia ainda mais completa.

Aos colegas de curso, Evandro Moritz, Luís Eduardo Silva de Barros, Fabiano C. Prestes, Luciano F. Rachadel, Luciano Demaria, Laís Regina Rodrigues, David Miodowinik, Iara Buttemberg, e a todos aqueles que também me fizeram crescer a vida acadêmica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. HISTÓRICO.....	4
2.1 Evolução do sistema jurídico	4
2.2 Evolução legislativa brasileira	9
3. RESPONSABILIDADE PENAL	13
3.1 Jovem, menor, criança ou adolescente.....	13
3.2 Distinção entre criança e adolescente.....	16
3.3 Análise crítica.....	17
4. PRÁTICA DE ATO INFRACIONALERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	
4.1 Conceito de ato infracional	23
4.2 Natureza do processo de apuração de prática de ato infracional	24
4.3 Verificação da menoridade e tempo de internação	26
5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	28
5.1 Legalidade da prisão	28
5.2 Internação provisória.....	31
6. GARANTIAS PROCESSUAIS	33
6.1 Devido processo legal	33
6.2 Demais garantias.....	33

7. JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.....	58
7.1 Juiz.....	38
7.2 Promotor de Justiça	40
7.3 Advogado.....	41
8. MINISTÉRIO PÚBLICO.....	43
8.1 Funções institucionais	43
8.2 Apuração de ato infracional atribuído a adolescente.....	43
8.2.1 Arquivamento.....	44
8.2.2 Representação	45
8.2.2.1 Requisitos	46
8.2.2.2 Prescrição	49
8.2.3 Remissão.....	52
8.2.3.1 Considerações gerais	52
8.2.3.2 Remissão transaccional.....	54
8.2.3.3 Legitimidade do Ministério Público.....	55
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65
10.1 OBRAS.....	65
10.2 LEGISLAÇÃO.....	68
10.3 ACÓRDÃOS	69

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo procura analisar a atuação do Ministério Público no procedimento de apuração de prática de ato infracional atribuída a adolescente, a partir de atribuições concedidas à Instituição pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além de funções institucionais previstas na Constituição Federal e respectiva Lei Orgânica.

O Ministério Público não está mais adstrito a exercer suas funções na persecução criminal, ou ainda, como advém de suas origens, da defesa dos interesses individuais ou dos governantes. A Carta Magna lhe assegurou liberdade, autonomia e independência funcional, tanto da Instituição com de seus órgãos, para que possam exercer a proteção das liberdades públicas constitucionais e, ainda, a defesa dos direitos indisponíveis.

Através do histórico da evolução jurídica do sistema daqueles que não possuem responsabilidade penal, desde os primeiros institutos até legislação pátria vigente, verifica-se, claramente, a mudança de tratamento que é conferida ao menor quando este comete um ato contrário às leis penais.

Devido à inimizabilidade do agente, este não se sujeita às normas penais,

mas à legislação específica, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ato infracional conceitua-se como a conduta descrita como crime ou contravenção penal, ou seja, a conduta praticada por aqueles que não possuem responsabilidade penal, constitui ato infracional face a idade do agente e a finalidade do processo.

Este procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescente é próprio e encontra-se previsto no Estatuto, sendo sua natureza de direito civil, posto que busca sua recuperação e reeducação onde não se tem nenhuma pretensão punitiva, mas sim sócio-educativa.

A atuação do Ministério Público neste procedimento se dá como parte, sendo o titular exclusivo do direito de ação para que seja aplicada alguma medida.

As funções ministeriais compreendem uma fase pré-processual ou administrativa e outra dentro deste processo, após o oferecimento da representação.

Inovação legislativa trazida pelo Estatuto refere-se ao instituto da remissão, espelhando-se na regra nº11 de Beijin.

Inobstante o avanço trazido por este instituto, principalmente no que se refere à ampliação dos poderes ministeriais neste procedimento, fazendo com que se evite os constrangimentos do mesmo, não há entendimento doutrinário e jurisprudencial uniforme quanto à sua utilização.

A divergência surge quanto a legitimidade do representante do Ministério Público em conceder a remissão cumulada com uma medida sócio-educativa ao adolescente, posto que a competência para aplicação de qualquer medida é exclusiva do Juiz da Infância e da Juventude.

2. HISTÓRICO

2.1 Evolução do sistema jurídico

Desde os mais antigos sistemas jurídicos admitia-se que um ser humano, até que atingisse determinado estágio de desenvolvimento físico e mental, não poderia receber tratamento igual a de um adulto quando praticasse uma conduta reprovável perante a sociedade.

Em todos estes sistemas o problema, que perdura até hoje, é quanto à fixação de um limite para a responsabilidade penal, isto é, a partir de quando um ser humano pode ser responsabilizado por seus atos.

Historicamente, temos que os romanos, em regra geral, atenuavam a pena aplicada quando o autor do delito fosse um impúbere. Consideravam o período em que a pessoa não conseguisse se expressar com total coordenação como de total irresponsabilidade. Chamavam este período de *infantia*.

A distinção entre púbere e impúbere era feita utilizando-se do critério da maturidade sexual, ou seja, consideravam uma pessoa impúbere quando seus órgãos genitais ainda não estivessem desenvolvidos o suficiente para a procriação. Não havia portanto, um limite estabelecido em lei para se determinar a menoridade.

É durante a época dos Sabinos que surge o critério objetivo da idade, estabelecendo-se limites etários para a fixação da puberdade; critério este que perdura até os dias de hoje nas legislações modernas.

Com a invasão do Império Romano do Ocidente pelos bárbaros, os costumes e o direito do povo invasor foram se estabelecendo no direito romano. Passa a vigorar o sistema acusatório. O autor de um delito passa a ser responsável por uma reparação pecuniária ao ofendido ou à sua família. Como eram povos guerreiros, utilizavam como critério definidor da menoridade a capacidade de empunhar armas. O menor que cometia um delito estava desobrigado de remir a sociedade. Este sistema foi gradativamente sofrendo influências do direito romano, estabelecendo-se critérios objetivos para a determinação da menoridade.

Surge para a igreja católica um problema quanto à responsabilidade dos menores quando estes cometiam um pecado. Adotaram o critério do discernimento, pois se os menores podiam distinguir entre o “bem e o mal”, tinham consciência de seus atos, logo, se agissem contrariamente às leis divinas deveriam ser punidos.

O direito canônico considerava isentos de responsabilidade os menores de sete anos, chamados de *infans*. Quanto aos impúberes, de sete a quatorze anos de idade para os rapazes e sete a doze anos de idade para as moças, havia uma presunção de culpabilidade sendo responsabilizados se tivessem agido com discernimento.

Do sistema romano até a Revolução Francesa de 1789, adotava-se o critério pretoriano, isto é, havia uma grande liberdade do magistrado para decidir sobre a responsabilidade das pessoas.

A legislação napoleônica de 1810 adotou um critério misto para estabelecer a responsabilidade posto que trouxe de volta a idéia de discernimento, entretanto, estabelecia a presunção de que todo menor de dezesseis anos não possuía capacidade de discernir.

Por este breve histórico pode-se concluir que as reações da sociedade para com uma conduta reprovável praticada por um menor se caracterizavam essencialmente por uma posição repressiva, como também era em relação aos maiores infratores da época. O rigor da repressão somente se atenuava em face da idade dos transgressores da norma.

Com o surgimento, no século XIX, de um movimento caracterizado pela humanização das penas, que teve como grande expoente o filósofo italiano *Cesare Beccaria*, o menor de conduta anti-social passa a ser visto como um delinqüente *sui generis*, com psicologia e reações próprias.

É a partir dessas novas idéias, as quais levavam em conta principalmente o respeito à individualidade, que primeiramente nos Estados Unidos, em 1878, e posteriormente “na Inglaterra em 1908, na Bélgica e França em 1912, na Espanha em

1918, na Holanda em 1921, na Alemanha em 1922”¹ que são criados Tribunais de Menores que passam a aplicar medidas de reeducação, abandonando definitivamente as medidas repressivas.

A preocupação mundial com a situação dos menores pode ser expressa através de documentos internacionais como a Declaração de Genebra, no ano de 1924, em que se determinava a necessidade de se proporcionar uma proteção especial à criança.²

Podem ser citados outros documentos internacionais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing (Res. 40/33 da Assembléia Geral de 29.11.85), cuja regra n ° 5 que trata dos objetivos da Infância e Juventude, dispõe que: “O sistema de Justiça da Infância e da Juventude enfatizará o bem-estar do jovem e garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração.”

Inferre-se da regra supra citada que o primeiro objetivo é a promoção do bem-estar do menor. Este também é o enfoque de todos os sistemas jurídicos em que o menor infrator é processado, evitando-se com isso, a aplicação de medidas meramente punitivas. O segundo objetivo refere-se à proporcionalidade da sanção aplicada e da

¹CAMPOS, Nuno de. **Ensaio catarinense: menores infratores**. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1978, p.90.

²A mesma preocupação se expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948) e, ainda, na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969).

gravidade do delito. Quando nos referimos aos menores, suas circunstâncias pessoais devem influir na proporção da medida aplicada.

Ainda, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad (Assembléia-Geral da ONU, novembro/90) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Assembléia-Geral da ONU, novembro/90).

Não se discute, portanto, que em virtude de sua falta de maturidade física e mental, os jovens necessitam de proteção e cuidados especiais, devendo receber um tratamento diferenciado em relação aos demais membros da sociedade, de modo que lhes seja assegurado um ambiente sadio e feliz, com vistas ao seu crescimento e desenvolvimento adequado, de maneira a se tornar uma pessoa responsável e consciente de seus direitos e deveres, apta, enfim, ao pleno gozo da cidadania.

Todas estas declarações internacionais basearam-se em um novo ramo do direito, o Direito do Menor, que em torno de princípios nucleares, unifica e codifica suas normas.

Alguns princípios que *J. Chazal* e *Punzo* enumeram de maneira coincidente, são o da exigência do exame médico - psicológico e social da personalidade do menor, sendo pressuposto para a individualização da medida tutelar; o da proteção da pessoa do menor, ou da clemência, que se baseia na imaturidade psíquica do menor; o da especialização do Juiz de Menores e o da mutabilidade das decisões de acordo com as necessidades de tratamento do menor.

Nas palavras do ilustre Liberati: *“As crianças e jovens passam a ser sujeitos de direitos e deixam de ser objetos de medidas judiciais e procedimentos policiais, quando expostos aos efeitos da marginalização social decorrente da omissão da sociedade e do poder público, pela inexistência ou insuficiência das políticas sociais básicas.”*³

2.2 Evolução legislativa brasileira

No que se refere à legislação brasileira podemos dizer que a primeira lei a tratar dos menores é a Carta Régia de 1693. Utilizava o critério da auto - determinação ao estabelecer a irresponsabilidade para os menores de quatorze anos, salvo se tivessem agido com discernimento. Preconizava medidas de correção ao invés de penas criminais para os menores de quatorze anos, embora na prática isto não ocorresse visto a inexistência de estabelecimentos próprios, ficando os menores recolhidos no sistema prisional destinado aos maiores.

O Código Penal Republicano de 1890 manteve este mesmo critério, fazendo as alterações apenas quanto a fixação da idade, estabelecendo a irresponsabilidade penal aos menores de nove anos de idade.

³LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários*. Brasília-DF: IBPS, 1991, p. 05.

Este critério sofria veementes críticas de renomados juristas da época, visto ser totalmente subjetivo, possibilitando que fossem cometidos abusos contra os menores.

Somente em 1921, com a Lei Orçamentária n.º 4.242, é que se exclui o discernimento como critério fixador da responsabilidade penal. Estabelecia em seu artigo 3.º, parágrafo 16, a irresponsabilidade total para os menores de quatorze anos, independentemente de terem agido através de seu discernimento.

No que pertine a assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes, uma importante modificação se dá com o advento do Decreto n.º 16.272 de 1923 que substitui o livramento condicional pela liberdade vigiada, na qual o menor ficava em companhia e responsabilidade dos pais, tutor ou patronato, na vigilância do juiz, sob determinadas condições.

A codificação menorista só vem mesmo a ser instituída em 1927, através do Decreto n.º 17.943-A. Fixava a irresponsabilidade penal aos menores de quatorze anos, mas previa a possibilidade de serem internados se pervertidos ou doentes; processo especial para aqueles entre quatorze e dezoito anos de idade e atenuação da pena em virtude da idade para aqueles com mais de dezoito e menos de vinte e um anos de idade.

O Código Penal de 1940 majorou a idade fixadora da responsabilidade penal para os dezoito anos e manteve a atenuante da menoridade entre dezoito e vinte e um anos.

Face a nova legislação penal, editou-se em 1943 o Decreto Lei n ° 6.026 que estabelecia que o menor de quatorze anos era improcessável, mas sujeito a medidas de proteção e assistência, e o internamento em estabelecimento profissional ou de reeducação para o menor com mais de quatorze e menos de dezoito anos de idade.

Retrocesso legislativo ocorreu quando da publicação da Lei 5.258 de 1967, que determinava o internamento em estabelecimento apropriado para reeducação, aos menores com mais de quatorze anos e menos de dezoito anos, quando cometessem um crime em que fosse cominada pena de reclusão. A diferença em relação ao maior infrator residia apenas na diminuição do prazo de internação do menor.

Face ao grande tumulto causado, felizmente, esta lei teve pouca duração, sendo substituída pela Lei 5.439 de 1968 que praticamente repetiu o critério adotado pelo Decreto Lei n° 6.026/43.

O Projeto do Código Penal de 1969 pretendeu estabelecer novamente na legislação pátria o critério do discernimento, estabelecendo a idade de dezesseis anos, mas devido às graves críticas que sofreu, em 1973 é publicada a Lei 6.016 que estabelece novamente a inimputabilidade para os menores de dezoito anos.

Com a promulgação da Carta Magna em 1988, insere-se no texto constitucional, em seu artigo 228, repetindo o já disposto no artigo 27 do Código Penal que: “os menores de dezoito anos são inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

Em consonância com os atuais princípios norteadores do direito do menor e através de uma nova mentalidade em se renovar os métodos de assistência aos menores até então existentes, que no Brasil exprimiam-se através do segundo Código de Menores (Lei n ° 6.697 de 10.10.79), que adotava a doutrina da situação irregular, que a Constituição Federal de 1988 tratou a questão dos jovens como uma prioridade absoluta.

Os direitos dos menores são indisponíveis, especiais e específicos, em face de sua própria condição de pessoas em desenvolvimento, necessitando de proteção diferenciada, especializada e integral. A Carta Magna estabelece ainda, que sua proteção é dever da família e, supletivamente, da sociedade e do Estado.

Se insere no texto Constitucional os princípios da Declaração dos Direitos da Criança, adotando-se por conseguinte a doutrina da Proteção Integral estabelecida pela Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.89 e pelo Congresso Nacional brasileiro em 14.09.90 através do Dec. Legislativo 28 e ratificada posteriormente com a publicação do Dec. 99.710 em 22.11.90.

A par deste posicionamento Constitucional, é publicado em 13.07.90 o Estatuto da Criança e do Adolescente, de maneira a assegurar a seus destinatários, além do exercício dos direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana, todas as oportunidades e condições para que possam ter pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de dignidade, respeito e liberdade.

3. RESPONSABILIDADE PENAL

3.1 Jovem, menor, criança ou adolescente

Não há uniformidade terminológica no que se refere a uma designação daqueles que ainda não possuem responsabilidade penal.

O ramo do direito que trata destes seres humanos denomina-se Direito do Menor, sendo os destinatários de suas normas, como o próprio nome diz, os menores.

O artigo 1º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança estabelece que :

“considera-se como **criança** [sem grifo no original] todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

Já a regra nº2.2, “a” de Beijin estabelece que :

“**jovem**[sem grifo no original] é toda criança ou adolescente que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode responder por uma infração de forma diferente do adulto”.

Logo, quando os doutrinadores falam em criança, adolescente, jovem ou menor, não se sabe se estão se referindo ao conceito estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (menores de dezoito anos), o das Regras de Beijin (jovem = criança ou adolescente) ou, ainda, ao termo genérico utilizado pela doutrina internacional para designar aqueles que não possuem responsabilidade penal (menores).

Independente de como sejam designados os jovens, menores, crianças ou adolescentes, cumpre salientar que todos estes, de acordo com cada sistema jurídico, respondem por uma infração de maneira diferente do que uma pessoa adulta.

No presente trabalho, por razões de ordem prática, será adotado o mesmo conceito preconizado no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O dispositivo legal mencionado conceitua como criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Vê-se, portanto, que esta distinção se utiliza somente do critério objetivo da idade, não se preocupando com o aspecto psicológico e social.

Autores como Albergaria fazem certas restrições quanto à imposição do limite etário para o início da adolescência aos doze anos.

Entende que “a infância vai até a puberdade, na qual está inserida a adolescência. A pré – puberdade começa aos 11 ou 12 anos nos meninos e 13 anos nas

meninas. A puberdade aparece aos 13 anos na menina e aos 15 anos nos meninos. A adolescência termina aos 16 ou 17 anos na moça e aos 18 no rapaz.”¹

Conclui que “a distinção do artigo 2º não coincide com a distinção biológica entre criança e adolescente. Também não há coincidência o regime legal previsto na legislação comparada.”²

Salienta que esta distinção é de grande importância posto que “a infância é o período decisivo em que se desenvolve a pessoa humana. A socialização que se inicia na infância prossegue na adolescência para a aquisição da consciência moral.”³

O termo “menor”, numa concepção técnico - jurídica, significa aquela pessoa que ainda não atingiu a maioridade, ou seja, a ela não se pode atribuir a imputabilidade penal.

Verifica-se que o estabelecimento da maioridade penal é variável em diversos países: 14 anos(Haiti); 15 anos(Índia, Honduras, Egito, Síria, Paquistão, Paraguai, Iraque, Guatemala, Líbano); 16 anos(Birmânia, Ceilão, Filipinas, Israel, Espanha, Bélgica); 17 anos(Grécia, Inglaterra, Nova Zelândia); 18 anos(Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Tailândia, Noruega, Iugoslávia, Holanda, Argentina, Cuba) e 21 anos(Suécia, Chile, Ilhas Salomão).

No Brasil, e em outros países como Colômbia, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Peru, Uruguai, Venezuela, República

¹ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 24.

²ALBERGARIA, J. Op. cit., p. 24.

Dominicana, seguindo-se as recomendações dos Congressos Pan - Americanos da Criança, estabelece-se a responsabilidade penal a partir dos dezoito anos de idade. Constata-se que estes países seguem as diretrizes da regra n ° 4.1 ao estabelecerem a responsabilidade penal para os jovens em uma idade em que já há uma maturidade emocional, mental e intelectual.

3.2 Distinção entre criança e adolescente

A distinção entre criança e adolescente pela sistemática do Estatuto mostra sua importância quanto ao tratamento dado quando da prática de um ato previsto como crime ou contravenção penal.

A criança está sujeita a medidas de proteção previstas no artigo 101 do referido diploma legal, recebendo tratamento diverso do adolescente, posto que a conduta infringente da lei penal cometida por uma criança está relacionada, na maioria dos casos, com a miserabilidade de seu lar, fazendo com que viva na rua, onde facilmente se corrompe física e moralmente, necessitando, portanto, de uma maior proteção do Estado.

No que pertine ao adolescente infrator, este pode ser submetido a um tratamento mais severo que pode implicar na própria privação de liberdade, consoante as medidas previstas no artigo 112.

³Ibid., p. 24.

3.3 Análise crítica

Como o Estatuto prevê para a criança infratora somente a aplicação de medidas de proteção, pois parte da premissa de que a conduta típica praticada por esta está vinculada a problemas familiares e/ou sociais, devendo portanto, serem tratadas dentro da própria célula familiar, surge, em um primeiro momento, um problema quando esta criança cometer um ato infracional mediante violência ou grave ameaça a pessoa ou outras infrações graves que demonstrem sua periculosidade ao convívio social.

Face a impossibilidade legal do Ministério Público oferecer representação contra a criança por este ato, o Estatuto determina que os conflitos que envolvam crianças são de atribuição do Conselho Tutelar, conforme dispõe seu artigo 136.

A título exemplificativo, podemos citar o ocorrido no Estado do Espírito Santo, no qual uma menina de dez anos de idade foi violentada por meio de um cabo de vassoura, perfurando-lhe o útero e, posteriormente, afogada em uma lagoa por três meninos (com treze, dez e nove anos de idade).⁴

O caso acima citado nos leva a um sentimento de total indignação e revolta. Gostaríamos de acreditar que um crime como esse, contra uma menina de apenas dez

⁴ Jornal Diário Catarinense de 06.05.97, p. 52.

anos de idade, jamais tivesse ocorrido, muito menos que seus autores fossem meninos de tão pouca idade.

Não conhecemos as particularidades do caso, tampouco ouvimos o adolescente e as duas crianças para podermos opinar sobre quais medidas deveriam ser aplicadas.

Com relação ao adolescente, a competência para apuração de seu ato pertence ao Juízo da Infância e da Juventude, enquanto que com relação às duas crianças, cabe ao Conselho Tutelar do Município decidir qual a medida mais correta a ser aplicada.

O deslocamento da competência do Juizado da Infância e Juventude para o Conselho Tutelar, mesmo se tratando de um fato grave como o noticiado, não significa que não haja interesse no mundo jurídico sobre o mesmo, mas sim, que em virtude de tratarem -se de crianças (conceito este estabelecido pelo legislador ao fixar a idade em doze anos incompletos), a solução deve passar por outro tipo de avaliação, diferente do adolescente , para que se possam descobrir suas necessidades pedagógicas e psicológicas, de modo a se reforçarem seus vínculos comunitários e familiares.

Poderá o Conselho Tutelar obrigar os pais ou responsáveis a encaminhar estas crianças para tratamento especializado, como por exemplo, o internamento em hospital psiquiátrico, se houver necessidade (artigo 129, VI c/c artigo 136, II).

Caso haja descumprimento injustificado desta deliberação, poderá representar junto à autoridade judiciária para que determine o cumprimento da mesma (artigo 136, III, “b”).

As decisões do Conselho Tutelar não ficam isentas de controle pelo Poder Judiciário, posto que poderão ser revistas pela autoridade judiciária, a pedido de quem tenha legítimo interesse na causa, consoante dispõe o artigo 137.

Outra polêmica refere-se à diminuição da responsabilidade penal.

É cediço por todos que, pelos mais diversos fatores, o índice de criminalidade no Brasil vem crescendo a cada dia. Sabe-se também, que cada vez mais cedo as pessoas estão sendo inseridas no mundo criminoso, encontrando-se, conforme noticiado pela imprensa, crianças com oito, dez anos de idade, “trabalhando” para traficantes nos morros da cidade do Rio de Janeiro.

Na busca de uma solução para tentar diminuir a criminalidade infanto-juvenil, alguns setores da sociedade defendem a aplicação de um tratamento mais severo tanto para as crianças como para os adolescentes, entendendo que as medidas existentes são insuficientes para conter a criminalidade.

Entendemos que esta linha de raciocínio não merece prosperar, basicamente pelas seguintes justificativas:

Primeiramente porque a finalidade das medidas destinadas às crianças e aos adolescentes é totalmente diversa das penas aplicadas aos imputáveis. Enquanto que

aquelas não têm nenhum caráter retributivo, no sentido de se dar uma resposta à sociedade quando alguém pratica um ato contrário à lei penal, estas, embora tenham como finalidade proporcionar a readaptação do condenado ao convívio social, têm fundamentalmente, também, a finalidade de retribuir ao condenado o mal por ele causado, servindo como meio intimidador perante a sociedade para que tal conduta não seja repetida.

Outro argumento que sustentamos diz respeito aos objetivos da prisão. Sabe-se muito bem que a prisão não cumpre seu objetivo, ou seja, o encarceramento não ressocializa ninguém.⁵

Portanto, não é a aplicação de um tratamento mais severo através da privação de liberdade pura e simples, mesmo que em estabelecimento próprio para crianças e adolescentes, que se irá diminuir a criminalidade infanto-juvenil.

Quanto a proposta de se diminuir a idade da responsabilidade penal, acreditamos faltar-lhe argumentação consistente para que possa progredir.

A singela assertiva de que atualmente as pessoas amadurecem mais cedo, considerando-se, por exemplo, uma pessoa com dezesseis anos de idade consciente de seus atos, apta até para votar, não há de ser levada a sério.

⁵Não cabe discutir no presente trabalho os fatores que fazem com que não se atinja este objetivo. Algumas obras que tratam do tema e que podem ser utilizadas como referência são: OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2. ed. revista e ampliada, 1996 e ZAFFARONI, Eugenio. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Analisando a questão com o mínimo de profundidade, vemos, por exemplo, que o desenvolvimento psicológico e emocional das pessoas é variável conforme os estímulos que receba do mundo exterior, ou seja, as pessoas crescem em ambientes diversos, com diferentes acessos à educação, cultura, trabalho e demais necessidades indispensáveis ao seu desenvolvimento.

Somente a título exemplificativo, mas colocado não de uma maneira absoluta, temos que um adolescente com dezesseis anos de idade que resida em uma pequena cidade do interior, possui uma visão de mundo diferente, em termos de violência, sexualidade, convívio social, em relação a outro adolescente, com a mesma idade, que cresceu em uma favela, no meio de traficantes, sem equilíbrio familiar, enfim, em um ambiente “contaminado”, tendo até que cometer delitos para sua própria subsistência.

Não se quis com o exemplo dado, em hipótese alguma, sugerir que toda pessoa que cresça em uma favela estará fadada à criminalidade, tampouco a que crescer em uma família abastada se tornará um cidadão correto.

Os motivos que levam à criminalidade são os mais diversos, não cabendo aqui a sua discussão. Apenas foi dado um exemplo de que não se pode tratar de maneira igual as pessoas em desenvolvimento. Apesar da mesma idade, devem ser tratadas conforme esta sua particular condição, recebendo a medida mais adequada de acordo com cada caso concreto.

Estabelecendo-se a idade de dezesseis anos para a responsabilidade penal, estar-se-ia impondo um limite demasiadamente precoce, não se respeitando o desenvolvimento emocional, mental e intelectual dessas pessoas, pois, ao invés de receberem as medidas adequadas para que possam se recuperar, visto ainda estarem em desenvolvimento, seriam colocadas em prisões com todas as suas mazelas.

A idade de dezoito anos fixada pelo legislador mostra-se adequada, ainda que se possa verificar desenvolvimento intelectual suficiente para agir conforme os preceitos legais, antes de alcançada esta idade. Esta idade atende:

“(...) não somente à maturidade ética exigente de certa experiência e certa sedimentação do conhecimento, das sensações e das emoções, como, também, sem desprezo pela maturidade moral, onde não encontra superfície a dúvida, como regra, sobre o discernimento, a conveniência de melhor combater os fatores, individuais e sociais, da precocidade da criminalidade juvenil ou adolescente, passando do regime propriamente repressivo ao regime educativo.”⁶

Quanto a relação entre a diminuição da delinqüência infanto – juvenil e a diminuição da idade da responsabilidade penal, esta realmente existe. Em contrapartida, haverá um aumento da criminalidade adulta, pois os adolescentes hoje internados, estarão futuramente nas prisões, ou seja, nada se resolverá do problema.

⁶LUTZ, Alberto. Código Penal Brasileiro (comentado), II/223, Rio, Record, 1.961 apud CURY, Munir; MENDEZ, Emílio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral *Et. al.*. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: 2. Ed. Malheiros, 1992., p. 308-309.

4. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL

4.1 Conceito de ato infracional

No sistema jurídico pátrio as infrações penais dividem-se em crimes e contravenções. A distinção entre elas reside unicamente na sanção cominada à infração.¹

O conceito de ato infracional vem disposto no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“ Artigo 103: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

A Constituição Federal em seu artigo 228, o Código Penal no artigo 27, e o Estatuto no artigo 104, estabelecem a inimputabilidade penal para os menores de dezoito anos, ou seja, abaixo desta idade, a incidência em conduta descrita como crime ou contravenção constituirá ato infracional.

Isto não quer dizer que a conduta praticada pela criança ou adolescente não seja contrária às normas de direito penal, mas, apenas devido a uma realidade diversa. O agente recebe tratamento próprio e específico, que não se confunde com nenhuma

das várias espécies de reprimenda. O Desembargador Amaral e Silva, com muita propriedade, esclarece: *“Significa dizer que o fato atribuído à criança ou adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas na linguagem do legislador, simples ato infracional.”*²

Agora, nas palavras do Professor Nuno de Campos, que com muita propriedade escreve:

*“O Instituto Interamericano del Niño apresenta um argumento muito interessante para comprovar o afastamento do direito do menor do direito penal repressivo, comum: Adotando-se o conceito jurídico de Bebing e Von Listz, o delito é um ato típico, anti-jurídico, imputável e punível. Ora, levando em consideração as peculiaridades do sujeito ativo do ato anti-social verifica-se que ele não é imputável, culpável e muito menos sujeito à punição, logo, já está fora do direito penal repressivo, comum.”*³

4.2 Natureza do processo de apuração de prática de ato infracional

A imposição da responsabilidade penal aos dezoito anos conduz a análise de algumas questões relevantes.

Como o adolescente, cometendo crime ou contravenção penal é considerado como não sujeito às normas processuais penais, usadas apenas subsidiariamente, não é

¹Mais ou menos severas, conforme a importância do bem jurídico tutelado pelo legislador.

²CURY, Munir; MENDEZ, Emilio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: 2. ed., Malheiros, 1992, p. 302.

³SAJON, Rafael e outro. *Perspectivas del Derecho de Menores y de Familia em Latinoamérica; Nuevos enfoques*. Montevideo, I.I.N., 1978, apud, CAMPOS, Nuno de. *Ensaio catarinenses: menores infratores*. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1978, p. 104.

interrogado, não recebe pena, enfim, tecnicamente não se submete a um processo criminal para a apuração de seu ato.

Assim, o procedimento que apura a prática de ato infracional atribuída a adolescente segue procedimento próprio, conforme estabelecido no artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de natureza estritamente civil.⁴

Tanto é verdade que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 198 adota o sistema recursal do Digesto Processual Civil apenas com algumas modificações.

“Artigo 198: Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:”

Ou seja, os procedimentos que tramitam na Vara da Infância e Juventude são de natureza civil, mesmo os que apuram a prática de ato infracional. Ainda que o juiz aplique a medida de internação, que se caracteriza pela privação da liberdade, o procedimento é de natureza civil posto que o adolescente é inimputável, estando sujeito às normas previstas na legislação especial.

⁴O adolescente não é interrogado, mas apresentado em audiência perante a autoridade judiciária; não é processado à revelia, mas determinado pelo magistrado sua busca e apreensão enquanto o feito é sobrestado; não é condenado ao cumprimento de uma pena, mas lhe é aplicada uma medida sócio - educativa; o representante do Ministério Público não oferece denúncia, mas representação.

Inobstante estas breves considerações, aqui, no Estado de Santa Catarina, conforme Ato Regimental 18/92, artigo 2º, I, “a” do Tribunal de Justiça, revogando o Ato Regimental 09/90, artigo 2º, os recursos referentes à apuração de ato infracional são de competência das Câmaras Criminais.

4.3 Verificação da menoridade e tempo de internação

O momento que se deve considerar para se estabelecer a responsabilidade penal do adolescente vem disposto no parágrafo único do artigo 104:

“ Artigo 104: (*omissis*)”

“ Parágrafo único: Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.”

Infere-se deste dispositivo legal que tendo o adolescente praticado ato infracional antes de completar dezoito anos, deverá percorrer todo o caminho processual até a prolação da sentença, ainda que venha a atingir a maioridade penal no curso do processo, pois se estabeleceu o momento para se apreciar a imputabilidade à data da ação ou omissão.

Logo, não é correto extinguir o procedimento de apuração de ato infracional, seja através de arquivamento ou da remissão, simplesmente pelo fato do adolescente ter completado dezoito anos.

Não poderia ser de maneira diferente, pois se assim não o fosse, um adolescente que praticasse um ato infracional considerado grave como homicídio, roubo, estupro, alguns meses antes de seu 18º aniversário, estaria isento de receber qualquer medida sócio-educativa, apenas por ter alcançado a maioridade penal.

De outro lado, o Estatuto prevê o limite máximo para a aplicação das medidas sócio - educativas.

Determinam os parágrafos 3º e 5º do artigo 121, respectivamente, que “em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos” e “a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.”

Portanto, um adolescente autor de ato infracional, com quase dezoito anos de idade, poderá, em cumprimento à medida de internação aplicada pelo juiz, permanecer internado pelo período de três anos, ou até a véspera de completar vinte e um anos.

5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Os direitos individuais referidos nos artigos 106 a 109 do Estatuto, são antes de mais nada garantias constitucionais, visto encontrarem disposição correspondente no Texto Maior. E, ainda, face a distinção existente entre direitos e garantias, consoante oportuna lição do constitucionalista José Afonso da Silva, que sustenta: *“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.”*¹

5.1 Legalidade da prisão

A primeira garantia vem insculpida no *caput* do artigo 106 e estabelece que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.”

Este artigo repete a garantia disposta no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

Comparando-se os dois dispositivos legais supra citados, verifica-se que a alteração refere-se somente às adaptações terminológicas necessárias, visto as particularidades do tratamento recebido pelo adolescente.²

Assim, o adolescente, como qualquer outro cidadão, tem o direito à liberdade sem sofrer qualquer constrangimento. Como já assinalado, a apreensão de adolescente somente poderá ocorrer nos casos do artigo 106, “*sendo ilegal, portanto, a apreensão para averiguação, ou por motivo de perambulação.*”³

Quanto à criança infratora, nem se cogita sua apreensão e condução para um distrito policial. Deverá ser imediatamente encaminhada ao Conselho Tutelar para que sejam tomadas as medidas cabíveis.

A garantia prevista no parágrafo único do artigo 106 encontra sua correspondente no artigo 5º, LXIII e LXIV da CF. Estabelece que o adolescente, no momento de sua apreensão, deve ser informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado o direito à identificação do responsável pela sua apreensão, bem como o de ser assistido por sua família e por seu advogado. (artigo 111, III e IV do Estatuto).

¹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 360 apud, CURY, Munir; MENDEZ, Emílio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral *Et. al.* **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: 2. ed., Malheiros, 1992, p. 313.

²Não é preso mas apreendido, não comete crime ou contravenção penal mas ato infracional.

³CURY, Munir; MENDEZ, Emílio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e: Coordenadores. **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: 2. ed., Malheiros, 1992, p. 141.

A garantia constitucional da comunicabilidade ⁴ encontra identidade no artigo 107 do ECA.

A substituição do advérbio “imediatamente” para “incontínente” deixa claro que no momento da apreensão do adolescente, deve o apreensor, ato contínuo, comunicar à autoridade judiciária o fato e o local onde o mesmo se encontra.

Não subsiste aqui o prazo admitido pela doutrina de vinte e quatro horas, que nos ensinamentos de José Celso de Mello Filho é *“além de abusivo, flagrantemente inconstitucional, eis que imediatamente significa o menor tempo possível. A comunicação há de ser feita com a máxima celeridade, a fim de não se prolongar coação eventualmente injusta ao estado de liberdade do indivíduo.”* ⁵

A imediata liberação decorrente da ilegalidade da apreensão do adolescente, prevista no artigo 107, se encontra embasada no artigo 5º , LXV, da Constituição Federal, que determina o relaxamento imediato da prisão ilegal pela autoridade judiciária.

“Tão impositiva é a obrigação do exame dessa possibilidade - se ilegal a apreensão - que as autoridades competentes (juiz, promotor de justiça e delegado de polícia) serão responsabilizadas criminalmente, a teor do art. 234 do Estatuto, se, sem justa causa, não ordenarem a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenham conhecimento da ilegalidade, podendo via de consequência, ser punidas com pena de detenção de seis meses a dois anos, a par da responsabilidade pessoal e do Estado na órbita civi”. ⁶

⁴Comunicação da privação da liberdade física e do local onde se encontra o constrito.

⁵MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial de liberdade. *Revista dos Tribunais*. Ano 68, v. 526, ago/79, p. 297.

⁶CURY, MENDEZ, SILVA *Et. al.*, Op. cit., p. 320.

5.2 Internação provisória

Dispõe o artigo 108 sobre a possibilidade de internação antes de proferida a sentença no procedimento de apuração de ato infracional. Trata-se da internação provisória, medida que visa assegurar a integridade física do adolescente e, em alguns casos, proteger a própria sociedade, não podendo ultrapassar em hipótese alguma o período de quarenta e cinco dias.

O parágrafo único do mencionado artigo dispõe sobre a necessidade da fundamentação desta decisão, reforçando a exigência contida no artigo 93, IX da Carta Magna, que estabelece a fundamentação das decisões judiciais. Canaliza esta ao determinar que a medida excepcionalíssima somente poderá ser determinada quando houver indícios suficientes da autoria e da materialidade do ato infracional, além da demonstração da necessidade imperiosa da medida, tendo-se como pressupostos a gravidade do ato, a repercussão social, a garantia da segurança do adolescente ou ainda a manutenção da ordem pública (artigo 174).

A justificativa da determinação da medida extrema “apenas” com indícios suficientes da autoria e materialidade repousa na necessidade de se dar pronto atendimento ao adolescente infrator (obviamente quando esta medida se mostrar a mais adequada para sua recuperação). E, também, face ao procedimento investigatório peculiar estabelecido pela lei, no qual se prefere uma certa celeridade nas investigações, de modo a se evitar que sejam criados traumas, às vezes até irreversíveis ao adolescente.

Por isso, em um primeiro momento, não são todas as investigações que resultam em provas indubitáveis da materialidade e indícios da autoria ⁷ do ato infracional, sendo portanto os indícios, autorizadores da medida extrema.

A prova da autoria não necessita ser incontestável, bastam indícios suficientes, mas que contudo, ensejem uma convicção provisória.

Quanto a ordem pública, temos que *“O conceito de garantia da ordem pública está sedimentado, corresponde ao caso daquele que cometeu, está cometendo ou ameaça cometer novos crimes. As hipóteses devem traduzir ameaça concreta à ordem pública, não bastando simples maus antecedentes.”*⁸

Não se confunde, portanto, com o sistema repressivo penal que admite a prisão preventiva como medida necessária para assegurar o império do Direito Penal. Entre as medidas sócio - educativas e a pena de prisão não há identidade, ainda que se estabeleça uma analogia entre estas por serem medidas restritivas da liberdade. Pois como salientado anteriormente, a finalidade de ambas é totalmente diversa.

⁷Requisitos indispensáveis à propositura da ação penal pública.

⁸ SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O Estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude. *Jurisprudência Catarinense*. Ano XXII, v. 1995, n. 75, Florianópolis-SC, 1996, p.48.

6. GARANTIAS PROCESSUAIS

6.1 Devido processo legal

A primeira das garantias processuais se encontra insculpida no artigo 110, que por sua vez remonta ao artigo 5º, LIV da Constituição Federal. Estabelece o princípio do *due process of law* da Constituição Americana.

“(...) 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. O princípio se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado”.¹

Tem-se, portanto, a garantia de que a função jurisdicional do Estado será exercida conforme os princípios estabelecidos em lei.

6.2 Demais garantias

Do princípio acima analisado, advém outras garantias processuais específicas que vêm estabelecidas nos incisos do artigo 111.

¹BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição Federal*. 1ª ed., II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 261.

A primeira refere-se ao “pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente” que encontra previsão na primeira parte do inciso IV, parágrafo 3º, artigo 227 da Lei Maior.

O conhecimento da imputação que lhe é feita, é fundamental para que o adolescente possa se defender, sendo pressuposto indispensável para que possa exercer a ampla defesa em toda sua plenitude.

A ciência desta imputação poderá se dar através da citação ou outro meio equivalente, desde que haja uma identidade entre este e a citação, ou seja, o meio equivalente deverá possibilitar o integral conhecimento do ato que lhe é atribuído. E, ainda, obedecer a um procedimento no qual se preserve a identidade do adolescente e da vítima, não se admitindo, portanto, a utilização de meios violentos, constrangedores ou que não resguardem a intimidade das pessoas envolvidas.

Estabelece o inciso II a igualdade na relação processual. Repete-se, portanto, outra garantia constitucional prevista no mesmo dispositivo legal supra citado.

Consiste na garantia de que as partes terão, no curso do processo, as mesmas oportunidades de fazerem suas alegações e produzirem suas provas.

Faz-se necessário identificar que sejam as partes na relação jurídica processual para apuração de prática de ato infracional.

O autor é o Estado que ante a prática de um ato infracional praticado pelo adolescente, pretende reeducá-lo através da aplicação de uma medida sócio - educativa.

De outro lado temos o adolescente,² que face a imputação que lhe é feita, tem o direito de se defender, negando a autoria, arrolando testemunhas, produzindo provas periciais, enfim, exercendo seu direito de defesa.

Na Justiça da Infância e Juventude, as partes não têm um papel antagônico, pois nesta justiça especializada se tem como fim justamente as crianças e adolescentes. Como já salientado anteriormente, o adolescente infrator não é considerado um criminoso, mas sim como um indivíduo que face sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, necessita de assistência e proteção da sociedade.

A garantia da defesa técnica também se encontra escorada na Constituição (artigo 227, parágrafo 3º, IV).

Neste ponto é necessário fazer-se alguns esclarecimentos, posto que o texto maior refere-se à defesa técnica por “profissional habilitado”, enquanto que o estatuto em seu artigo 111, III, dispõe que a defesa técnica será feita “por advogado”.

Dispondo o Estatuto, expressamente, que a defesa técnica será por advogado, dirime qualquer divergência interpretativa acerca do significado do termo

²Réu na acepção jurídica da pessoa em face da qual é deduzida uma pretensão (aplicação de medida sócio - educativa).

“profissional habilitado”, que no direito do menor, significa única e exclusivamente “advogado”.

O significado da palavra defesa, aqui, no direito menorista, não significa que o advogado tenha que sustentar sempre a não aplicação de uma medida sócio-educativa para o adolescente, mas sim, que lhe seja aplicada a medida mais adequada para sua reeducação.

A garantia da assistência judiciária gratuita aos necessitados, na forma da lei, fundamenta-se na necessidade do acesso à justiça. Não pode o Estado negar a tutela da prestação jurisdicional, em virtude da parte não possuir condições financeiras para suportar as custas, ônus e honorários advocatícios, sem que comprometa o necessário para sua subsistência e de sua família.

Entende-se por autoridade competente, referida na garantia de ter o adolescente o direito de ser ouvido por esta, tanto juiz (que o ouvirá quando comparecer para a apuração de ato infracional), como promotor de justiça (que o entrevistará, ouvindo-o, mesmo que informalmente quando de sua apresentação), como também o defensor público.

*“A inspiração do texto é encontrada no item 2 do art. 12 da Convenção sobre as Crianças, como decorrência do princípio de liberdade de expressão do pensamento, proporcionando-se oportunidade de serem ouvidas em qualquer espécie de processo em que são afetadas, podendo fazê-lo **diretamente** ou por intermédio de representantes ou órgãos apropriados.”³*

³ CURY, Munir, MENDEZ, Emílio Garcia, SILVA, Antônio Fernando do Amaral *Et. al.* O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: 2. ed., Malheiros, 1992, p. 336.

A última garantia refere-se ao direito do adolescente solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

Esta presença é de grande importância para sua reeducação, pois ainda que haja reprovabilidade dos pais quanto à sua conduta, estes têm o direito de permanecerem ao seu lado, neste momento difícil, dando-lhe todo o suporte emocional, psicológico e moral necessários à sua recuperação.

7. JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Primeiramente, faz-se necessário localizar a Justiça da Infância e Juventude dentro da organização do Poder Judiciário brasileiro.

Estabelece a Carta Magna de 1.988, em seu Título IV, Capítulo III (Do Poder Judiciário), sobre a Justiça Comum e Especial.

Por jurisdição especial, temos aquela que, face a matéria tratada, a competência para conhecer das ações pertence a determinados órgãos. A Justiça da Infância e da juventude não é justiça especial, pois em nosso ordenamento jurídico somente a Justiça Militar, Eleitoral e do Trabalho o são, logo, é um ramo especializado da justiça comum.

7.1 Juiz

O juiz da Infância e da Juventude é o magistrado indicado pelas normas de organização judiciária local para desempenhar as funções relativas às crianças e adolescentes.

Desempenha-as no contexto desta justiça que tem como fim assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes. Não se trata mais do juiz do sistema anterior (situação irregular), que, sob alegação de buscar “o melhor interesse do menor”, totalmente subjetivo, decidia sem que houvesse qualquer limite legal.

Cuida-se agora de um juiz de direito em consonância com os princípios científicos e normativos norteadores deste ramo do direito, devendo obedecer as normas legais existentes.

A aplicação das normas deve passar por um estudo quanto à personalidade do adolescente infrator, o ambiente familiar em que vive, sua situação econômica, nível de escolaridade, enfim, deverá ser analisado todo o contexto em que vive este adolescente, de modo que lhe seja aplicada a medida mais adequada.

“Para cumprir seu novo papel estatutário, o Juiz da Infância e da Juventude deverá ter não só conhecimentos jurídicos, mas técnicos nas áreas de psicologia, pedagogia, sociologia e assistência social, para permitir que sua ação jurisdicional preencha a totalidade do tratamento tutelar aplicado.”¹

“Assim, Juiz da Infância e da Juventude é o juiz que sem ser parcial vê o menor como um integrante de todo um contexto social; como o elo que une uma família, mesmo que a vida não lhe tenha permitido o que é isso; como um ser que recebe todo o impacto de uma sociedade viciada; como uma criança que precisa de mais de apoio do que reprimenda para vencer os dissabores da realidade.”²

Deve, portanto, além de ser especializado, possuir acima de tudo, vocação dirigida para as crianças e os adolescentes.

¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários*. Brasília-DF: IBPS, 1991, p. 84.

7.2 Promotor de Justiça

A atuação do Ministério Público na Justiça da Infância e Juventude pode se dar como parte ou *custos legis*.

“É mister frisar que sua qualidade de parte no processo não desnatura sua função primordial de defensor dos interesses fundamentais do adolescente, ainda que autor de ato infracional, devendo zelar pelos respeitos às garantias do devido processo legal, especialmente no que concerne ao direito de defesa. Suas promoções deverão levar em conta o interesse social indisponível relativo á segurança e os interesses indisponíveis do adolescente, notadamente a liberdade, de modo que se persiga a solução que melhor atenda à composição do conflito” [sem grifo no original].³

A atuação do representante do Ministério Público que atua na Justiça da Infância e da Juventude não se confunde com o Promotor de Justiça Criminal, posto que a posição que fundamenta suas atuações são diversas. Neste sentido, a lição de Barreira e Brazil:

“Explica-se: tanto o Promotor de Justiça Criminal como o Promotor de Justiça Curador[sic] da Infância e da Juventude representam a sociedade, mas a diferença consiste na particularidade de que o primeiro defende o interesse social procurando viabilizar o jus puniendi, ou seja, fazendo com que o criminoso responda pelo delito praticado, que, em última análise, por violar preceito social elevado à categoria de norma penal, atinge toda a sociedade.

“Já o Curador[sic] da Infância e da Juventude defende a sociedade procurando o melhor para a recuperação do menor, porque a

² BARREIRA, Wilson, BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O Direito do Menor na nova Constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 19.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro, PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série Cadernos Informativos APMP. São paulo: APMP, 1991, p. 68.

situação do menor interessa à sociedade, que o quer a ela integrado e não em situação de conflito.”⁴

Atuando como *custos legis*, o representante do Ministério Público busca pelo interesse do menor, posto que, conforme dispõe o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Cumprido salientar, ainda, que consoante dispõe o artigo 204, a falta de intervenção do Ministério Público implicará em nulidade absoluta, a ser declarada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento de qualquer interessado.

7.3 Advogado

A presença do advogado atuante na defesa dos interesses do adolescente não significa que vá surgir daí um contencioso, no sentido de se transformar o processo para a apuração do ato infracional em uma verdadeira batalha judicial.

Isto não significa que não possam surgir divergências no curso do processo; elas poderão até ocorrer, mas estarão voltadas principalmente quanto à discordância da

⁴ BARREIRA e BRAZIL, Op. cit., p. 19.

medida a ser aplicada ou, ainda, quanto à necessidade ou não da aplicação de alguma medida.

A intervenção do advogado deve se dar buscando-se o melhor para o adolescente, de modo que haja uma comunhão de esforços entre ele, o juiz da infância e da juventude e o promotor de justiça.

Talvez por ainda não compreenderem em toda sua plenitude as finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente e das medidas sócio-educativas, ou por estarem “contaminados” pelo sistema repressivo penal, vê-se que na prática, muitas vezes, os advogados defendem o adolescente infrator, no sentido de que nenhuma medida lhe seja aplicada, mesmo que entendam que esta se faça necessária.

É lamentável a atuação destes profissionais, pois ao invés de buscarem a recuperação do adolescente, preocupam-se em encobrir seus atos, prejudicando, assim, sua formação.

Na medida em que o adolescente infrator, qualquer que seja o ato por ele praticado, é orientado por seu “defensor” a faltar com a verdade perante o juiz e o promotor de justiça para não receber nenhuma medida, é incentivado à delinquência; posto que através de mentiras e falsidades, não receberá o tratamento que necessita, mas que em sua concepção, significa tão somente impunidade pelo ato praticado.

8. MINISTÉRIO PÚBLICO

8.1 Funções institucionais

Fazendo-se um breve histórico da instituição nas duas últimas décadas, pode-se assegurar tranqüilamente que o Ministério Público passou a ser cada vez mais uma instituição com agentes e órgãos independentes, identificando-se com um fim a realizar no meio social, deixando de ser apenas um conjunto de organismos governamentais do Estado.

“(...) longe de se limitar o papel a ele reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está hoje consagrado, com liberdade, autonomia e independência funcional de seus órgãos, à defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, à defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático (CF, art. 127)”¹.

8.2 Apuração de ato infracional atribuído a adolescente

As funções ministeriais não se limitam apenas à propositura da ação sócio-educativa pública, atuando, também, em uma fase pré-processual.

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10.

O adolescente, autor de ato infracional, será apresentado ao Ministério Público, determinando o Promotor de Justiça as peças informativas existentes sobre a conduta típica praticada, procedendo à oitiva informal do adolescente e, se possível, de seus pais ou responsáveis, bem como das vítimas e testemunhas (artigo 179).

Realizado o procedimento acima, cabe ao representante do Ministério Público, conforme seu livre convencimento, três alternativas: promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa (incisos do artigo 180).

8.2.1 Arquivamento

Decidindo pelo arquivamento, que deverá ser feito em termo fundamentado, os autos serão conclusos à homologação do Juiz da Infância e da Juventude (artigo 181).

Discordando do arquivamento (artigo 181, parágrafo 2º), segue-se procedimento análogo ao estabelecido no artigo 28 do CPP, ou seja, o magistrado fará remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado. Cabendo a este, oferecer a representação, designar outro membro do Ministério Público para apresentá-la ou ratificar o arquivamento, estando no último caso a autoridade judiciária obrigada a homologar.

8.2.2 Representação

Dentre as inúmeras atribuições previstas no Estatuto para o representante do Ministério Público, está a sua atuação como *dominus litis* na apuração do ato infracional praticado por adolescente.

Introduz no sistema legal a “ação sócio-educativa pública”, que tem início através da peça formal chamada de representação, que possibilita ao Estado a pretensão sócio-educativa para o adolescente infrator.

“A representação, portanto, constitui-se em peça vestibular da ação sócio-educativa pública, instrumento inicial de invocação da tutela jurisdicional, tendo por escopo a aplicação coercitiva da sanção[sic] decorrente da prática, pelo adolescente, de conduta descrita como contravenção penal”.²

A natureza jurídica desta ação é pública, pertencendo somente ao Ministério Público a legitimidade para oferecê-la.

Portanto, independentemente da conduta praticada pelo adolescente, ser descrita como crime de ação privada ou de ação pública condicionada a representação, cabe somente ao Ministério Público³ a pretensão da aplicação de uma medida sócio-educativa.

“A expressão “sócio-educativa” revela a preocupação do legislador concernente às finalidades das sanções[sic]: meio de defesa social - tanto que prevê a possibilidade de privação de liberdade (internação)

² CURY, Munir; MENDEZ, Emílio Garcia; SILVA, Antônio Fernando do Amaral *Et. al.* **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: 2. ed., Malheiros, 1992, p. 509.

³ Instituição encarregada de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis.

*- e instrumento educativo de internação no desenvolvimento do adolescente, de sorte a revelar ou desenvolver recursos pessoais básicos necessários ao enfrentamento das diversidades próprias da vida, sem utilização de soluções violentas ou ilegais”.*⁴

8.2.2.1 Requisitos

Os requisitos para o oferecimento da representação se encontram nos parágrafos 1º e 2º do artigo 182 do Estatuto:

“Artigo 182: Se por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

“Parágrafo 1º: A representação será oferecida por petição, que conterà o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

“Parágrafo 2º: A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade.”

Resumir brevemente os fatos significa descrevê-los, ainda que suscintamente, de modo a satisfazer a regra inserta no art. 227, parágrafo 3º, IV, da CF, repetida pelo art. III, do ECA, que garante

⁴ CURY, MENDEZ, SILVA *Et. al.* Op. cit., p. 509 - 510.

ao adolescente pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional.⁵

Ou seja, o dispositivo legal supra citado exige que a representação contenha a descrição da conduta praticada pelo adolescente, bem como todas as suas circunstâncias, de modo que este, tendo conhecimento da atribuição que lhe é feita, possa se defender.

A classificação do ato infracional consiste em relacionar a conduta do adolescente como um fato tipificado na legislação penal ⁶, indicando-se qual dispositivo legal violado.

Quando houver necessidade, deve a representação conter também o rol de testemunhas. O número de testemunhas deve obedecer às regras do Digesto Processual Penal (artigos 399, 533 e 539), desde que aplicado subsidiariamente por força do artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, nos procedimentos de apuração de ato infracional definido como crime em que se comine pena de reclusão, o número máximo será de oito testemunhas; se a pena cominada, ainda que alternativamente, não for de reclusão, cinco testemunhas, igualmente caso se trate de contravenção.

Deve preencher, também, as condições da ação, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade ativa *ad causam* e interesse de agir.

⁵Ibid., p. 510.

⁶Código Penal, Lei das Contravenções Penais e Leis Penais Extravagantes.

“Evidentemente que a pretensão sócio-educativa deduzida através da representação deve ser juridicamente viável, legalmente admissível pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, o pedido de aplicação coercitiva de medida sócio-educativa a[sic] criança a quem se atribui a prática de ato infracional é juridicamente impossível, porquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 105, expressamente consignou que o ato infracional por ela praticado corresponderão unicamente medidas de proteção. Da mesma forma, juridicamente impossível o pedido de aplicação coercitiva de medida sócio-educativa por “perambulação”, de vez que tal conduta não se subsume a qualquer tipo descrito na lei penal.”⁷

Quanto a *legitimatio ad causam*, esta não necessita de maiores esclarecimentos, posto que, como já visto anteriormente, a ação sócio-educativa será sempre pública⁸, estando legitimado, unicamente, para sua propositura, o Ministério Público.

A última das condições da ação, o interesse de agir, merece algumas considerações.

Estabelecendo o Estatuto um procedimento de apuração de ato infracional judicial, ou seja, transportando-se a coleta de provas indiciárias para o processo, dentro da fase judicial, minimizou os elementos de convicção colhidos anteriormente ao processo.

“Por tal razão, expressamente consignou que a representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade (ECA, artigo 192, parágrafo 2º), deixando claro que o interesse de agir encontra-se implícito na peça inaugural da ação sócio-educativa

⁷ Ibid., p. 511.

⁸ Inexiste ação sócio-educativa privada ou ação sócio-educativa condicionada a representação.

pública, porquanto a aplicação coercitiva de medida não prescinde da intervenção jurisdicional de apuração do ato infracional. Isto não significa que a representação possa brotar de irrefletidas e vagas suposições, beirando a inidoneidade; é mister um mínimo de viabilidade, resultante de elementos colhidos nas fases precedentes, notadamente em relação à autoria de sorte que a apuração dos fatos revele-se necessária.”⁹

8.2.2.2 Prescrição

Não se aplicam os prazos prescricionais previstos no Código Penal ao procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente, posta a diversidade da natureza e finalidades das medidas sócio-educativas e das penas previstas na legislação criminal. Por serem incompatíveis, não há possibilidade de aplicar-se a prescrição penal ao ato infracional.

Neste sentido convergem as decisões jurisprudenciais, cujas ementas transcrevemos:

“Recurso - Apelação interposta contra decisão que rejeita pedido de extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição - Hipótese de Agravo de Instrumento - Inexistência de erro grosseiro - Recurso impróprio apresentado no prazo de cinco (5) dias - aplicação do princípio da fungibilidade recursal - conhecimento.

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Medidas sócio-educativas - Natureza e finalidade diversas das penas previstas na legislação criminal - não aplicação dos prazos prescricionais estabelecidos na Parte Geral do Código Penal - agravo improvido”. TJ/PR, Acórdão nº 7153, autos de agravo de instrumento nº 94.0001469-4, relator Des. Tadeu Costa).

⁹ Ibid., p. 512.

No mesmo sentido:

“RECURSO DE APELAÇÃO - ILÍCITO - REPRESENTAÇÃO - MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA - IMPOSIÇÃO - PRESCRIÇÃO - PRAZO - DECISÃO - MANTENIMENTO - RECURSO - APELO NEGADO”. (TJ/PR, Acórdão nº 7.319, autos de apelação nº 95.0000029, rel. Des. Altair Patitucci).

E, ainda:

“A medida sócio-educativa, prestação de serviços comunitários por trinta dias, durante oito horas semanais, aplicada a infrator que, à época dos fatos era menor de 18 anos, não é exagerada, uma vez que está prevista legalmente entre aquelas que o juiz pode efetivamente aplicar. As medidas sócio-educativas previstas na Lei nº 8.069/90 têm natureza distinta das penas criminais, inexistindo a possibilidade de aplicação das disposições penais relativas à prescrição. (TJ/MG-Ap. Criminal nº 1.370, Comarca de Passos, rel. Des. Guimarães Mendonça, DJMG II, de 18.11.93, p. 1).

Devido a inimputabilidade dos adolescentes, estes não cometem crimes ou contravenções, mas incorrem em ato infracional conforme adotem conduta de tipicidade objetivamente idêntica. Logo, não lhes são aplicadas penas, mas medidas de caráter pedagógico e protetivo, enquanto que as penas aplicadas aos maiores de dezoito anos tem caráter preventivo e retributivo.

O argumento principal para a não aplicação dos prazos prescricionais penais, reside em que estes se baseiam em prazos fixados legalmente para cada delito ou contravenção, ou o estabelecido na sentença para cumprimento. Esses critérios, por óbvio, são absolutamente incompatíveis com o sistema do Estatuto da Criança e do

Adolescente que não indica, com vinculação a cada ato infracional, qual será a medida sócio-educativa a ser imposta e muito menos seu prazo.

Cumprе salientar, ainda, que para as medidas de advertência e de reparação de dano que não indicam qualquer prazo para execução, jamais poderia ser aplicada a prescrição.

Quanto ao prazo imposto para a execução, também é certo que não se pode indicar com determinação, pois podem ser elásticos ou diminuídos, dentro dos limites legais, com a análise dos órgãos competentes e, ainda, visto a possibilidade da substituição da medida imposta a qualquer tempo.

A única prescrição que se opera, 'é quando o adolescente atinge a maioridade civil no curso do processo, para apuração de seu ato infracional.

No Capítulo referente à prática de ato infracional do presente trabalho, foram analisadas questões referentes a verificação da menoridade (considera-se a idade do adolescente à data do fato) e, ainda, a idade máxima em que pode ser aplicada uma medida sócio-educativa ao adolescente (vinte e um anos de idade).

Diante destas considerações, constata-se que não há permissivo legal para aplicação de medidas ao adolescente infrator, se este completar vinte e um anos no curso do processo.

Logo, deve o mesmo ser arquivado face a impossibilidade jurídica do pedido.

8.2.3 Remissão

8.2.3.1 Considerações gerais

Preliminarmente, faz-se necessário um breve esclarecimento quanto às duas formas de remissão existentes no Estatuto, conforme tenha se iniciado ou não o procedimento judicial para apuração de ato infracional.

A remissão concedida pelo representante do Ministério Público somente poderá ocorrer antes de iniciado o procedimento judicial, importando na exclusão do processo, devendo ser homologada pela autoridade judiciária (artigo 126, *caput*).

A outra forma é a remissão concedida após iniciado o procedimento judicial, implicando na suspensão ou extinção do processo, podendo ser concedida somente pelo juiz da infância e juventude(artigo 126, parágrafo único).

Fixar-nos-emos unicamente na análise da remissão concedida pelo órgão ministerial.

A inspiração desta nova figura da processualística brasileira encontra-se na regra 11 de Beijin.

A tradução da regra acima citada para o vernáculo pátrio, conforme Maria Josefina Becker, significa remissão. A palavra remissão vem do latim *remissione*, de

remittere e significa clemência, indulgência, perdão, misericórdia, renúncia, mas também “falta ou diminuição de rigor, de força, de intensidade”¹⁰

Este instituto pode ser utilizado em qualquer momento do processo de tomada de decisão pela polícia, Ministério Público ou outros órgãos como juizado, juntas ou conselhos, procurando-se desta forma, atenuar ou até mesmo evitar os efeitos negativos de um procedimento na administração da justiça, como o estigma da sentença.

“A regra 11.3 salienta o requisito primordial de assegurar o consentimento do menor infrator(ou de seus pais ou tutores) quanto às medidas de remissão recomendadas. (A remissão que consistir na prestação de serviços à comunidade sem tal consentimento constituiria uma infração à Convenção relativa à abolição do trabalho forçado). Não obstante, é necessário que a validade do consentimento possa ser objeto de impugnação, pois algumas vezes o menor poderia concordar por puro desespero. A regra sublinha que devem ser tomadas precauções para diminuir ao mínimo a possibilidade de coerção e intimidação de todos os níveis do processo de remissão. Os menores não deverão sentir-se pressionados(por exemplo, para evitar o comparecimento ao juizado) nem induzidos a aceitar os programas de remissão. Por isso preconiza-se da intervenção de uma “autoridade competente, se assim for solicitado”¹¹

Sendo o Ministério Público detentor exclusivo da iniciativa processual nos procedimentos de apuração de atos infracionais e, havendo permissão legal para que se

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. ver. e ampl., Nova Fronteira, 1986, p. 1482..

¹¹ SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O Estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e juventude. *Jurisprudência Catarinense*, Ano XXII, V. 1995, nº 75, Florianópolis/SC, 1996, p.35-36.

abstenha de processar, dependendo da situação, se introduz no direito do menor o princípio da oportunidade do processo penal.

O Estado tem interesse na defesa da sociedade quanto a prática de atos infracionais, mas também lhe importa a proteção integral do adolescente, mesmo que infrator, cabendo ao Ministério Público valorar a situação de cada caso concreto.

8.2.3.2 Remissão transacional

A remissão, incluindo a aplicação de uma medida sócio-educativa, deve observar a não inserção de uma medida que implique na colocação em regime de semi-liberdade ou internação (artigo 127), pois estas estão sujeitas ao princípio do devido processo legal analisado anteriormente.

A transação feita entre o órgão ministerial e o adolescente quando da concessão da remissão incluindo uma medida sócio-educativa, tem oportuna lição de Júlio Fabbrini Mirabete que preleciona: *"Essa transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo"*.¹²

Entretanto, a execução desta medida somente ocorrerá com o consentimento do adolescente infrator ou de seus pais ou responsáveis, em atendimento à norma 11.3

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros,

de Beijin já analisada. Havendo discordância, o próprio adolescente, seu responsável legal e até mesmo o próprio Ministério Público poderão requerer à autoridade judiciária a revisão da medida (artigo 128).

Advirta-se que, tratando-se a remissão de um ato complexo, iniciado pelo representante ministerial e concluído pela autoridade judiciária, a medida porventura incluída nesta, somente poderá ser executada após determinação judicial, ficando o procedimento suspenso até o seu cumprimento.

Importante ressaltar a Quarta conclusão apresentada no colóquio “O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Remissão”, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que ao tratar do tema, dispôs: “A medida sócio-educativa incluída como condição de remissão, não admite substituição *ex officio*, podendo apenas ser revista mediante provocação do adolescente, seus pais ou responsáveis e Ministério Público”.

8.2.3.3 Legitimidade do Ministério Público

Não é pacífico o entendimento quanto à possibilidade do Ministério Público conceder a remissão acompanhada de medida sócio-educativa.

Em que pesem as decisões em contrário (TJ/SC-Apelação Cível nº 38.377, de Indaial, rel. Des. Álvaro Wandelli, DJSC, 31/08/92, p. 5; TJ/SC-Apelação Criminal

nº 29.298, de Indaial, rel. Des. Tycho Brahe; TJ/SC-Apelação Cível nº 38.102, de Indaial, rel. Des. Xavier Vieira; TJ/SC-Apelação Criminal nº 29.014, de Indaial, rel. Des. Souza Varella, DJSC nº 9195, p. 42), entendemos estar legitimado o representante ministerial quanto esta possibilidade, visto as atribuições previstas para a Instituição no próprio Estatuto, suas funções institucionais, previstas na Constituição Federal e na respectiva Lei Orgânica, e, ainda, a finalidade deste novo instituto chamado remissão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece os procedimentos que deverão ser adotados para apuração de ato infracional, cuja autoria esteja sendo atribuída a adolescente, sendo que o artigo 180 estipula as três medidas a serem adotadas pelo Ministério Público, quais sejam: a promoção do arquivamento; a concessão da remissão e a representação à autoridade judiciária.

No artigo 181 do aludido diploma legal, há normas procedimentais a serem adotadas pelo Magistrado, vejamos:

"Artigo 181 : Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

"Parágrafo 1º : **Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida**"[sem grifo no original].

Tem-se, portanto, já neste artigo, que é facultado ao Órgão Ministerial aplicar medida sócio-educativa a qual será analisada pelo magistrado que determinará sua aplicação.

O artigo 127 do capítulo específico da remissão não deixa dúvidas:

"Artigo 127: A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeitos de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi liberdade e a internação".

Não se discute, portanto, que a vedação legal para aplicação da medida sócio-educativa refere-se tão somente às duas medidas extremas adotadas pelo legislador.

O Estatuto inovou a legislação processual vigente no país. Inicialmente, ao possibilitar o instituto da remissão, que nada mais é do que instrumentalizar o Órgão Ministerial a questionar a validade ou não de mover o aparato judicial em casos de lesões por adolescentes, que por sua natureza foram de pouca gravidade, ou produzidas por adolescentes em momento de crise plenamente justificado por questões vivenciadas em seu cotidiano e atinente a sua personalidade em formação.

O legislador ao facultar ao Ministério Público a concessão da remissão, como medida administrativa, possibilitou-lhe, também, condicioná-la a determinada postura que tenha por objetivo fazê-lo refletir sobre a atitude tomada.

Os doutrinadores são claros ao referenciar sobre o instituto da remissão e as possibilidades abertas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao Ministério Público. O ilustre Júlio Fabbrini Mirabete, preleciona:

“A remissão pode ser concedida como perdão puro e simples, sem a aplicação de qualquer medida, ou a critério do representante do Ministério Público ou da autoridade judiciária, como uma espécie de transação, como mitigação das conseqüências do ato infracional (...)

“Esta transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo.”¹³

Em igual posicionamento também, o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Paulo Afonso Garrido de Paula, o qual diferencia a remissão como perdão puro e simples da que inclui medida sócio-educativa não privativa de liberdade, considerando a última como uma espécie de transação:

“Se do sistema processual penal deflui o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados unitariamente pelas normas insertas no ECA (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente, o adolescente, ainda que infrator). Assim, em cada caso concreto, pode o Ministério Público dispor da ação sócio-educativa pública através da remissão, concedendo-a como perdão puro ou simples, ou, numa espécie de transação, incluir a aplicação

¹³ MIRABETE, J.F. Op.cit., p.

da medida não privativa de liberdade, excetuando-se, portanto, a semi liberdade e a internação (...)

“Por outro lado, a concessão de remissão com inclusão de medida não privativa de liberdade, tem notadamente naqueles atos infracionais que ordinariamente não autorizam a internação (ECA, art. 122), o mérito de antecipar a execução de medida sócio-educativa, sem necessidade de instauração de procedimento formal de apuração, sendo, portanto, de baixo custo e célere, desde que o adolescente e seu representante legal concordem tacitamente com a decisão ministerial. Atento ao princípio constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça a direito podem ser excluídas da apreciação do Poder Judiciário, acertadamente o legislador consignou a possibilidade de revisão judicial da remissão, de modo que o descontente com a providência determinada pela autoridade administrativa possa invocar a tutela jurisdicional, a qualquer tempo (ECA, art. 128) (...)

“Além disso, considerando os interesses sociais e individuais em jogo, a remissão ficou ainda sujeita ao obrigatório controle judicial, via homologação, de modo que, em caso de não concordância com a decisão do Promotor de Justiça, possa a autoridade judiciária remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça (ECA, art. 181), autoridade máxima da instituição encarregada de zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

“A inclusão de medida não privativa de liberdade na remissão concedida pelo Ministério Público tem natureza administrativa. Propriamente não há aplicação de medida, mesmo porque sua execução é deferida à autoridade judiciária (ECA, art. 181, par. 1º). A inclusão de medida representa unicamente condição para a concessão da remissão, de modo a excluir o processo, invertendo o ônus da invocação jurisdicional. Não tem, portanto, caráter de definitividade, próprio de ato de império do Poder Judiciário, no exercício de sua atividade constitucional”¹⁴

No mesmo sentido também, decisão do eminente Des. Amaral e Silva, na Apelação Criminal n.º. 38.098, de Indaial, quando diz:

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro, PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Série: Cadernos Informativos APMP. São Paulo: APMP, 1991, p.65-66.

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - REMISSÃO ACOMPANHADA DE MEDIDA APLICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - PROVIMENTO DO RECURSO - ECA - ARTS. 112, 126, 128, 179, 180 E 201-I.

"O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu a ação de pretensão sócio-educativa, atribuindo-a ao Ministério Público a quem conferiu o critério de oportunidade, autorizando o dominus litis a transacionar em torno de medidas que não impliquem em restrições à liberdade pessoal.

"A remissão não se caracteriza pela imposição, mas pelo ajuste, com aceitação voluntária de medida de proteção ou sócio-educativa.

"Pode haver remissão independentemente do devido processo legal, já que o instituto objetiva exclusão, suspensão ou extinção do processo sem exame do mérito."

Ainda, neste mesmo diapasão, temos: TJ/SC-Apelação Cível nº 39.129, de Indaial, rel. Des. Eduardo Luz, TJ/SC-Apelação Criminal nº 32.125, de Palhoça, rel. Des. Solon D'Eça Neves e TJ/SP - Apelação Cível nº 13.057-0/0, rel. Des. Dínio Garcia.

Pelos argumentos acima expostos, torna-se, *data venia*, despicienda a análise das argumentações dos ilustres defensores da ilegitimidade do Ministério Público para concessão da remissão, cumulada com medida sócio-educativa.

Entretanto, faz-se mister alguns esclarecimentos quanto à Súmula publicada pelo Superior Tribunal de Justiça que trata da questão.

“Súmula nº 108: A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.”

Na realidade, ao analisarmos esta Súmula, constatamos que ela não diverge do posicionamento acima defendido.

Sustentamos que o Ministério Público possui legitimidade para conceder a remissão, cumulada com uma medida sócio-educativa (vedada as privativas de liberdade), sendo que esta transação, posteriormente, deve ser homologada pela autoridade judiciária.

Nesta fase, portanto, reside o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário à lesão ou ameaça de direito, previsto na Constituição em seu artigo 5º, XXXV, posto que cabe ao magistrado apreciar a conveniência ou não da medida transacionada pelo Ministério Público e o adolescente, podendo, como já visto anteriormente, discordar da mesma.

Esta medida transacionada pelo representante ministerial, quando da concessão da remissão, somente terá seu cumprimento exigido depois de devidamente homologada, ou seja, após proferida uma decisão judicial (homologatória da remissão e da medida “aplicada” pelo Ministério Público).

Logo, a aplicação da medida, no sentido de que seja observada, realmente compete somente à autoridade judiciária.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por este estudo, pôde-se verificar a importância da atuação do Ministério Público nos processos afetos à apuração de ato infracional cuja autoria esteja sendo atribuída a adolescente.

Importante a distinção entre a atuação do representante ministerial que exerce suas funções na área criminal do que atua na área da infância e juventude.

O Promotor de Justiça Criminal defende o interesse social no sentido de que o criminoso responda por sua conduta, recebendo uma pena de caráter punitivo e retributivo.

Já o representante do Ministério Público, que exerce suas funções na área da Infância e da Juventude, não busca a punição do adolescente em virtude do ato praticado, mas sim, a aplicação de uma medida de caráter sócio-educativo que possibilite sua recuperação e conseqüente reintegração na sociedade.

O ato infracional, assim definido pelo legislador, não difere do crime ou contravenção penal. Apenas que, em virtude da idade do autor, este está sujeito a um tratamento diferenciado.

Busca-se encontrar os fatores que o levaram a praticar tal ato, analisando-se todo seu contexto social, familiar, econômico e pessoal, de maneira que lhe seja aplicada a medida mais adequada para cada caso concreto.

Não significa que o adolescente não saiba que sua conduta seja delitativa, mas sim, que devido às suas circunstâncias pessoais, imaturidade, momentos de crise perfeitamente justificáveis, aliados ainda à sua personalidade em formação, deve indiscutivelmente receber um tratamento diferenciado, de modo que sejam ponderados todos estes fatores.

Quanto aos imputáveis, não há esta preocupação, pois como têm responsabilidade penal, são conscientes de seus atos, não cabendo a discussão dos fatores que levaram à prática da conduta criminosa.

Além da titularidade da ação sócio-educativa, o Estatuto reservou ao Ministério Público atribuições pré-processuais ou administrativas. Nesta fase, encontra-se um novo instituto, chamado de remissão, importando aqui, uma forma de exclusão do processo.

Consiste na apreciação, por parte do representante ministerial, da conveniência ou não, de acionar o aparato judiciário para processar o adolescente.

Compete ao Ministério Público valorar o caso concreto, de modo que verifique se a instauração de um processo para apuração do ato infracional praticado pelo adolescente realmente faz-se necessário, face a gravidade do ato, a lesão causada,

o momento atual que este vive.

Se introduz, portanto, o princípio da oportunidade, em contra partida ao princípio da obrigatoriedade, admitindo-se a disponibilidade do direito de ação por parte de seu titular.

Trata-se de importante inovação, principalmente na área menorista, visto as particularidades deste ramo do direito, na qual visa-se, conforme a doutrina adotada, a proteção integral das crianças e dos adolescentes.

A possibilidade, neste momento, da inclusão de alguma medida sócio-educativa (excetuadas a colocação em regime de semi liberdade e internação), não encontra consenso entre os doutrinadores e as decisões dos tribunais.

Seguimos a corrente que aceita esta possibilidade, face a própria natureza deste instituto, onde se antecipa a medida a ser aplicada, de maneira célere e a baixo custo, além de evitar os constrangimentos que um processo judicial desta natureza representa.

A condição do cumprimento de uma medida transacionada entre o adolescente e o Promotor de Justiça, sendo esta posteriormente homologada pelo juiz como forma de exclusão do processo, é o meio previsto pelo legislador para que se solucione a questão da maneira mais rápida possível, mas ao mesmo tempo, faça com que o adolescente reflita sobre sua atitude.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

10.1 OBRAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

_____. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

BARREIRA, Wilson, BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O Direito do Menor na nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição Federal**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v.2.

CAMPOS, Nuno de. **Ensaio Catarinenses: menores infratores**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1978.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora LTr, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos do Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

- CORRÊA JUNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. **Direito do Menor**. São Paulo: Atlas, 1991.
- CURY, Munir Coordenador. **Temas do Direito do Menor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- CURY, Munir, MARÇURA, Jurandir Norberto, PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- CURY, Munir, MENDEZ, Emílio Garcia, SILVA, Antônio Fernando do Amaral e *Et. al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O novo dicionário da língua portuguesa**. 2.ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1986.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente-Comentários**. Brasília-DF: IBPS, 1991.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro, PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: APMP, 1991.

MELLO FILHO, José Celso de. A Tutela Judicial da Liberdade. **Revista dos Tribunais**, ano 68, v. 526, p. 291-302, ago, 1979.

MIRABETE, Júlio Fabbrinni. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Processo Penal**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1994.

MORAES, Voltaire de Lima: Coordenador. **Ministério Público, Direito e Sociedade**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

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

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **A Criança e o Adolescente na Constituição Federal**. Cadernos Fundap 18/13. São Paulo, Ano 10. ago, 1990.

PEREIRA, Tânia da Silva: Coordenação. **Estatuto da Criança e do Adolescente: "estudos sócio-jurídicos"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SAJÓN, Rafael. **Derecho de Menores**. Buenos Aires: Abeledo Perrot: 1995.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O Estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e juventude. **Jurisprudência Catarinense**,

Florianópolis-SC, ano XXII, n. 75,p. 11-58, 1996.

SIQUEIRA, Liborni: Coordenador. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 16 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3.

10.2 LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul., 1990.

BRASIL. Lei Complementar n ° 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Diário Oficial da União, Brasília, 15 dez., 1981.

BRASIL. Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de nov., 1990.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 29.298. Relator
Desembargador Tycho Brahe.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 32.125. Relator
Desembargador Solon D'Eça Neves.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 38.098. Relator
Desembargador Amaral e Silva. 11.08.92.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 13.057-0/0. Relator
Desembargador Dínio Garcia.