

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ADOLESCENTE INTERNADO NA FEBEM E A POSSIBILIDADE
DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL**

Cíntia Lie Takamori

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ADOLESCENTE INTERNADO NA FEBEM E A POSSIBILIDADE
DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL**

Cíntia Lie Takamori

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP
2006

O ADOLESCENTE INTERNADO NA FEBEM E A POSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL

Trabalho de Conclusão de curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves

Cláudio José Palma Sanchez

Fábio Alessandro dos Santos Robbs

Presidente Prudente/SP, 22 de novembro de 2006.

O bem-estar de todos os membros da sociedade, sem exceções, é o que faz de um país um povo civilizado. Já ouvi grandes autores expressarem que uma nação só é realmente civilizada quando seus membros assumem que a felicidade de seus semelhantes é responsabilidade de todos os membros dessa nação, dessa sociedade ou dessa comunidade. Assumem, sim, que é sua responsabilidade, acima de seu dever.

Dorina de Gouvêa Nowill

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois em todos os momentos me deu forças para continuar e, fez-me acreditar que poderia vencer mais essa etapa da minha vida.

Aos meus queridos pais, Salvador e Iracema, meus irmãos, Fábio e Érica, por todo apoio e confiança que depositaram em mim nos momentos difíceis que passei durante a minha vida acadêmica, incentivando-me a continuar para alcançar o meu objetivo tão almejado.

À minha querida orientadora Dra. Fabiana Junqueira Tamaoki Neves, em primeiro lugar, pela paciência e depois, pela atenção e pela dedicação que me ofereceu durante o período para a concretização do presente trabalho.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram de alguma forma para a realização da presente pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa versa sobre a questão do adolescente infrator e as medidas sócio-educativas aplicadas a ele, em especial, a medida de internação.

Primeiramente, parte-se de uma breve análise das legislações internacionais e nacionais que, de alguma forma, contribuíram para a formação do atual ordenamento jurídico vigente no Brasil.

Logo após, há um apanhado dos princípios e garantias fundamentais relacionados às crianças e aos adolescentes, sendo seguido do tópico acerca da responsabilidade penal do menor infrator, que discorrerá sobre a possibilidade de se responsabilizar penalmente o adolescente, autor do ato infracional.

Em seguida, há a discussão acerca da sensação de impunidade que se tem pelo fato de não se aplicar, de imediato, uma medida que prive o menor de sua liberdade.

Passa-se, então, ao estudo das medidas sócio-educativas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, que são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação.

Após, trata-se da questão das Unidades de Internação, sendo um dos principais pontos do trabalho, pois, discorre sobre a sua criação, objetivo e o seu funcionamento.

Analisa-se nessa ocasião, a ineficácia do Instituto Ressocializador, as chamadas FEBEMs/SP (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor de São Paulo), apontando a afronta que estas causam tanto à Constituição Federal quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente por não cumprirem com as finalidades para as quais foram criadas.

Por derradeiro, indicam-se as possíveis soluções para o reingresso do menor à sociedade, ante o descaso do Estado nessas situações.

Palavras-chave: Adolescente, Ato infracional, Medidas sócio-educativas, internação, FEBEM.

ABSTRACT

The research present work examines offender's matter teenager and the applied partner-educational instrument to him, especially, the internment instrument. Firstly, it parts of a brief analysis of the international and national legislations that, somehow, have contributed for the formation of the current juridical system valid juridical in Brazil. Soon after, there is one caught of the principles and fundamental warranties related to children and to the teenagers, being followed by the topic concerning the penal responsibility of the smaller offender, which will flow over about the possibility of being the penally responsible for the teenager, author of the infraction act. After this, there is the discussion concerning the impunity sensation that about applying or not, immediately, a instrument that bereaves the smaller of his freedom. Then, the research examines the study of the constant partner-educational instruments in the Statute of the Child and of the Teenager, which are: warning, obligation of repairing the damage, service rendering to the community, assisted freedom, insertion in partial freedom regime and internment. After, it treats the Units of Internment's matter, being one of the main points of the work. Because, it flows over their creation, aims and their operation. It analyzes, in this occasion, the inefficacy of the resocialization Institute, entitled FEBEMs/SP (State Foundation of the Well-being of the smaller of São Paulo), pointing the affront that the smaller causes so much to the Federal Constitution as the Statute of Child and of the Teenager, for not accomplishing the purposes at which ones were created.

For utmost, it indicates the possible solutions for smaller reentering to the society, before State's Negligence in theses situations.

Keywords: Teenager, Infraction act, partner-educational instruments, internment, FEBEM.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEGISLAÇÕES MENORISTAS NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL	10
1.1 No âmbito nacional	10
1.1.1 <i>Constituições Brasileiras</i>	10
1.1.2 <i>Código de Menores</i>	11
1.1.3 <i>Código Penal de 1940</i>	12
1.1.4 <i>Novo Código de Menores</i>	13
1.1.5 <i>Constituição Federal de 1988</i>	15
1.1.6 <i>Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)</i>	17
1.2 No âmbito internacional	20
1.2.1 <i>Declaração dos Direitos das Crianças</i>	21
1.2.2 <i>Pacto internacional dos direitos civis e políticos</i>	22
1.2.3 <i>Declaração universal dos direitos humanos</i>	23
1.2.4 <i>Convenção Americana sobre Direitos Humanos "Pacto de San Jose da Costa Rica"</i>	24
1.2.5 <i>As regras de Beijing</i>	25
1.2.6 <i>Convenção sobre os direitos da criança</i>	27
2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	29
2.1 Princípio da inimizabilidade penal	29
2.2 Princípio da proteção integral	30
2.3 Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento	30
2.4 Princípio da prioridade absoluta	31
2.5 Princípio do devido processo legal	33
2.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa	33
2.7 Princípio da publicidade	34
2.8 Função da família para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente	35
2.9 A sociedade e o Estado no papel de tutelar a criança e o adolescente	36
3 RESPONSABILIDADE PENAL DO MENOR INFRATOR	38
3.1 Responsabilidade penal do menor infrator	38
3.2 Responsabilidade penal no Estatuto da Criança e do Adolescente e a sensação de impunidade	40
3.3 Medidas sócio-educativas e suas funções	43
3.3.1 <i>Natureza jurídica</i>	48
3.3.2 <i>Advertência</i>	48
3.3.3 <i>Obrigação de reparar o dano</i>	49
3.3.4 <i>Prestação de serviços � comunidade</i>	50
3.3.5 <i>Liberdade assistida</i>	52

3.3.6 Inserção em regime de semiliberdade	54
3.3.7 Medida de internação	56
3.3.7.1 Princípios inerentes à internação	60
4 UNIDADES DE INTERNAÇÃO	62
4.1 FEBEM	62
4.1.1 Origem	62
4.1.2 Objetivo	66
4.1.3 Funcionamento	66
4.1.3.1 Maus tratos e torturas	68
4.1.3.2 Rebeliões e mortes devido às más condições de sobrevivência	69
4.1.3.3 Possibilidade de reintegração social	70
5 A INEFICÁCIA DO INSTITUTO RESSOCIALIZADOR: FEBEM	72
5.1 A contradição entre o objetivo para o qual fora criado e o atual funcionamento das unidades de internação	72
5.2 Soluções para uma possível eficácia das unidades de internação	73
6 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

Neste estudo, pretende-se discutir a situação do menor institucionalizado nas Unidades da FEBEM, a possibilidade de seu retorno ao convívio social e indicar algumas medidas que possam solucionar os problemas encontrados nos atuais estabelecimentos de internação de adolescentes, sem objetivar, em momento algum, o esgotamento do assunto aqui tratado.

Após a Constituição Federal, pode-se dizer que o atual ordenamento jurídico brasileiro protetor da população infanto-juvenil é o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90.

Isso porque trouxe aplicação daquilo que determinou a Constituição Federal, no sentido de se adotar a Doutrina da Proteção Integral dos Menores.

Por conseguinte, reconheceu que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, ou seja, passam a ser protagonistas de seu próprio direito, tendo ainda, como direito fundamental, o atendimento de seus interesses com absoluta prioridade.

Sendo-lhes asseguradas, também, todas essas prerrogativas e, em igual proporção, quando praticarem atos infracionais, pois se são garantidos aos adultos criminosos os direitos humanos, com mais razão se deveria garantir aos menores, que se encontram em condição de peculiar desenvolvimento.

Daí surge a importância de se estudar os direitos dos menores quando da aplicação das medidas determinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme este prevê, às crianças serão aplicadas medidas de proteção e aos adolescentes, medidas sócio-educativas.

Para o presente estudo, o maior interesse é endereçado às imposições executadas aos adolescentes, em especial, a medida de internação, pois se pretende averiguar a eficiência das Unidades de Internação, quais sejam as FEBEMs e, assim concluir se há ou não possibilidade de reeducar o adolescente para que este possa retornar ao convívio social.

Por derradeiro, este trabalho tentará indicar algumas soluções a fim de que as Instituições salvaguardem os direitos dos menores quando da aplicação da medida de internação e, assim, sejam beneficiados tanto os infratores, quanto a sociedade.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEGISLAÇÕES MENORISTAS NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

1.1 No âmbito nacional

Ao longo dos tempos foram sendo reconhecidas a vulnerabilidade e hipossuficiência biopsicossocial das crianças e dos adolescentes e, assim, foram sendo adotadas medidas de proteção e se passou a enquadrá-los como sujeitos de direitos e garantias. Por essa razão, foram assegurados os mesmos direitos e garantias concedidos aos adultos, porém com uma maior prioridade devido a sua situação de peculiar estágio de desenvolvimento.

1.1.1 *Constituições Brasileiras*

Ao contrário do que se pensa, a Constituição Brasileira não foi a primeira norma interna a tratar dos direitos das crianças e dos adolescentes. Foram, sim, as leis ordinárias, posto que o reconhecimento pela Constituição só começou em 1934, em consequência do Estado de Providência, visto que as Constituições de 1824 e 1891 só abordaram sobre a educação primária gratuita.

A Constituição de 1934 foi baseada na de Weimar (1919), assim, proibiu-se o trabalho de menores de 14 anos, vedou o trabalho noturno dos menores de 16 anos e o trabalho em indústrias insalubres para os menores de 18 anos.

A Constituição de 1937 manteve as mesmas disposições.

Com a Constituição de 1946, houve apenas um acréscimo: só poderia trabalhar no período noturno os maiores de 18 anos, mas também possuía um marco significativo: instituiu a Lei de Diretrizes e as Bases da Educação (LDB), que aprofundaram a questão da educação.

A Constituição de 1967 manteve a proibição de trabalho em indústrias insalubres e o trabalho noturno aos menores de 18 anos e, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, proibiu-se qualquer espécie de trabalho aos menores de 12 anos.

Analisando as Constituições anteriores de 1988, percebe-se que embora haja muitas semelhanças, a de 1946 foi a mais benéfica, posto que foi somente permitido trabalhar os maiores de 14 anos, admitindo-se, porém, as exceções pelo juiz competente, o que não ocorreu com a Constituição de 1966, que reduziu a idade mínima para doze anos, permitindo-lhes trabalhar.

Mas essa determinação realizada pela Constituição de 1966, acabou por contrariar os tratados e convenções ratificados pelo Brasil, em que fixavam a idade mínima para o trabalho em 14 anos.

Sendo por estas e outras razões, como a de supressão de vários direitos, que a Constituição de 1966 foi considerada a mais autoritária da história brasileira.

Quanto à Constituição Federal de 1988, será abordado posteriormente em um tópico específico.

Passa-se, então, ao estudo do Código Penal de 1940.

1.1.2 Código de Menores

O Direito do Menor Brasileiro foi orientado pelo que se chama *infância irregular* ou *menor em situação irregular*.

Para Haim Grünspun (1985), esse conceito foi criado devido ao aumento do número de crianças em situação extra familiar e extra-escolar, constituindo-se, por conseguinte, massas de menores marginalizados dos benefícios da sociedade, até mesmo nas situações em que esta fosse muito pobre.

Enquadravam-se na irregularidade as crianças enjeitadas ou desamparadas, que viviam à mercê da marginalidade, dando, assim, ênfase à criação do Código de Menores de 1927.

Foi, então, através do Decreto nº 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, que se consolidaram as Leis de Assistência e Proteção dos Menores, acrescido de medidas complementares introduzidas por esse Decreto.

O conteúdo do Código era federal e estadual, uma vez que assim dispunha em seu artigo 1º: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo.”.

Por conseguinte, a autoridade competente no caso eram a União e o Distrito Federal, por isso era federal e estadual, sendo tal código dividido em duas partes: uma geral e outra especial. A primeira era referente ao território nacional e a segunda, ao Distrito Federal.

1.1.3 Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, vigente no atual ordenamento jurídico brasileiro, trouxe um critério para distinguir o imputável do inimputável, qual seja o etário.

Sendo a imputabilidade penal tratada no artigo 27 do Código Penal, que assim dispõe: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”.

Conforme determina o dispositivo legal, fora, portanto, adotado o critério biológico, ou seja, quanto à idade do autor do fato, não importando a sua capacidade de determinação e entendimento.

A justificativa de não enquadrá-lo a um tipo penal se deve também ao fato de que este não preenche o requisito de culpabilidade, sendo um pressuposto para a aplicação da pena, como bem disse Valter Kenji Ishida (2006).

Consoante a esse entendimento, Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 272) dispõe:

Não se leva em conta o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ser plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações.

Ainda nesse sentido, fora decidido no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

Para a determinação da idade do agente para efeitos penais o legislador utiliza critérios puramente biológicos na composição da regra absoluta: a idade do autor do fato, sem outras indagações. Completam-se os 18 (...) no dia do aniversário do agente. (RT 616/308)

Por derradeiro, conclui-se que o menor não pode se condenado pela prática de crime porque o Código Penal de 1940 adotou o critério etário, que

determina que há ausência de capacidade de entendimento e determinação e, não preenchendo, portanto, o requisito de culpabilidade.

1.1.4 Novo Código de Menores

Em 1979, através da Lei 6.697, foi editado o Novo Código de Menores, em que se adotava a Doutrina Jurídica de Proteção ao Menor em Situação Irregular.

Era um Código que definia o que era a Situação Irregular do Menor e, por conseguinte, trazia soluções para o seu tratamento e a sua prevenção.

Nos dizeres de Haim Grünspun (1985), as causas fundamentais da situação irregular se originavam na própria sociedade onde a criança se encontrava, configurando-se um sintoma da doença social quando se verificava o seu surgimento. E, para que se pudessem saber as causas da irregularidade, necessário era que o Código fosse preciso sobre as idéias de situação irregular.

Continua Grünspun (1985, p. 103) dizendo que o Código de Menores não era claro e nem preciso quando tratou dessa questão, afirmando o que se segue:

Para tanto as idéias sobre a situação irregular precisam ser claras e precisas. Não é isto o que acontece com os seis parágrafos do artigo do Código de Menores, que consideram a situação irregular do menor.

(...)

Devem ser claras e explicitamente definidas e tipificadas, para que profissionais de todas as especialidades que lidam com menores possam compreendê-las.

Assim, não bastava tão somente defender os direitos do menor, mas também, que a lei fosse clara e precisa com a finalidade de se facilitar a aplicação das medidas previstas em lei pelos profissionais competentes.

As situações que caracterizavam essa irregularidade eram de seis categorias, sendo que Paulo Lúcio Nogueira *apud* Tânia da Silva Pereira (1996, p.21) as define:

Como situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade.

(...)

A situação irregular do menor é, em regra, conseqüência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação.

Assim, as situações de risco eram aquelas que representavam perigo para o menor, no sentido de conduzí-los a uma vida de marginalidade, que acabariam por levá-los ao mundo do crime quando atingissem a idade adulta.

Tais situações foram catalogadas no artigo 2º do Código de Menores, que assim reza:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Anísio Garcia Martins, apud Tânia da Silva Pereira (1996, p.22) afirma que o rol do artigo supracitado é taxativo, e, portanto, quando o magistrado deveria averiguar a adequação da situação ou do fato à descrição legal, em suas características objetivas e descritivas.

Dessa forma, o rol não era meramente enunciativo, devendo o juiz verificar se havia subsunção ao tipo legal.

Há, ainda, uma classificação da situação irregular, realizada por Grünspun (1985, p. 107), a fim de operacionalizá-las, sendo assim enumeradas:

São quatro as condições fundamentais de relações do menor com o mundo:

1. Relação familiar
2. Relação escolar
3. Relação social
4. Relação de propriedade (meu e teu)

E, continua:

Na relação familiar podemos ter situação irregular em duas condições: 1.1. contra a autoridade familiar e 1.2. contra a convivência familiar.

Na relação escolar também pode se manifestar em duas condições: 2.1. contra a disciplina escolar e 2.2. contra o dever de aprender.

Na relação social também podemos encontrar duas condições: 3.1. contra sua própria realidade vital; 3.2. contra o respeito aos demais.

Assim, as três primeiras condições fundamentais possuíam duas subclassificações e estas, por sua vez, possuíam subcondições específicas. Grünspun (1985) realizou essa classificação baseada nas proposições de Mendizábal Oses, com o intuito de facilitar a aplicação da legislação vigente na época, pois, sendo médico psiquiatra de crianças e adolescentes e também bacharel em Direito, deveria analisar se eram quadros clínicos patológicos ou simples sintomas de patologia psiquiátrica.

Retornando ao estudo da aplicação das medidas a serem aplicadas ao menor em situação irregular, tem-se que a integração sócio-familiar do menor era uma das finalidades do Código, conforme enunciava o seu artigo 13.

Já, o artigo 14 elencava taxativamente as medidas a serem aplicadas aos menores que se encontravam em situação irregular, e, assim enumerava:

Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:

I - advertência;

II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;

III - colocação em lar substituto;

IV - imposição do regime de liberdade assistida;

V - colocação em casa de semiliberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Por derradeiro, essas medidas aplicáveis ao menor poderiam ser cumuladas ou substituídas pelo juiz a qualquer tempo e no que coubesse, de ofício ou mediante provocação fundamentada dos pais ou responsáveis, da autoridade administrativa competente ou do Ministério Público, podendo ainda, a autoridade judiciária determinar a apreensão do menor.

1.1.5 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, vigente atualmente, é vista como um grande avanço nos direitos das crianças e dos adolescentes, pois cuidou de tratar do assunto tanto no seu artigo 5º que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais quanto no capítulo VII do Título VIII.

Foi através da Constituição Federal de 1988 que as crianças e os adolescentes alcançaram o reconhecimento como sujeitos de direitos e garantias.

Há uma triologia da proteção integral prevista na Constituição: o direito à liberdade, à dignidade e ao respeito.

O artigo 5º da Constituição Federal diz que todos têm direito à liberdade, é garantido a todos os brasileiros como aos estrangeiros.

Com mais razão teria a criança e o adolescente o direito à liberdade, posto que, no Brasil, adota-se a Doutrina da Proteção Integral do Menor, no qual se prioriza o interesse do menor.

São dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, quanto ao direito de liberdade, o direito de locomoção, o direito de o menor ir, vir e estar nos logradouros públicos, ressalvadas as exceções legais, o direito de livre manifestação de pensamento, o da liberdade de consciência e crença, o de livre exercício de cultos religiosos, o da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, entre outros.

Em relação ao direito à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal o contempla em seu artigo 1º, inciso III, conforme Tânia da Silva Pereira (1996), que afirma ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil assegurado a todos os brasileiros, sejam eles crianças, jovens ou adultos.

A Constituição Federal, ao dispor dessa forma, procurou assegurar à população infanto-juvenil uma vida digna, em que possa crescer e se desenvolver de maneira que não se torne marginal ou destituído de recursos para a sua sobrevivência.

O respeito engloba a questão de se reconhecer os menores como sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Isso significa que se deve certificar que o menor não está tem visto ser violado os seus direitos e garantias. De que há certeza que o menor não está sendo submetido a torturas, maus tratos, privação de sua liberdade dentre outros mais previstos na Constituição Federal, segundo afirma Tânia da Silva Pereira.

Assim, os direitos fundamentais dos menores se baseiam na proteção destes de todo e qualquer tratamento desumano, violento e na segurança de que os seus direitos têm sido satisfatoriamente obedecidos.

1.1.6 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

No dia 13 de julho de 1990, foi criada a Lei nº 8.069, que se denominou de Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto é composto por um sistema de direitos e garantias individuais, que adota a doutrina da proteção integral (artigo 1º). Sendo esta um princípio que reconhece os menores como sujeitos de direitos, conforme prevê a Constituição Federal.

Aos menores são garantidos os mesmos direitos dos adultos, mas com uma ressalva, possuem a prioridade de seus interesses, ou seja, deverá, em toda situação, avaliar o que realmente traz mais benefícios a eles.

Passando para o assunto abordado no presente trabalho, qual seja a responsabilização do menor no Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se que, em face da especial condição em que se encontram, devem também ser tratados de forma diferente, não ferindo em nada o princípio constitucional da igualdade.

Não fere porque, como já dito outrora, os menores se encontram em peculiar desenvolvimento, necessitando, por conseguinte, de um tratamento diferenciado, a fim de que se possa assegurar o seu perfeito desenvolvimento físico, psíquico, social e intelectual.

Perseguindo esse objetivo é que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê formas diferentes para a sua ressocialização.

O artigo 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da prática de ato infracional pela criança, sendo determinada a aplicação de medidas de proteção, que são elencadas no artigo 101 do referido diploma legal.

São medidas previstas de forma exemplificativa, uma vez que a lei diz que podem ser executadas as enumeradas dentre outras, desde que venham a beneficiar o menor, a fim de reeducá-lo.

Aos adolescentes aplicam-se as medidas sócio-educativas, ao contrário das de proteção, são taxativamente previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A justificativa de se ordenar dessa maneira se deve ao fato do menor estar em condição de peculiar desenvolvimento e assim, devem-se executar providências que não firam os princípios garantidos pela Constituição Federal.

Para a imposição das medidas sócio-educativas, deverá ter a prova da existência da autoria e da materialidade, nos casos em que for aplicar as medidas dispostas nos incisos II a VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme determina o artigo 114 do mesmo documento. A necessidade é observada nos casos de obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Somente previstas para esses casos porque são as determinações mais rígidas.

A competência para que se instaure o procedimento está descrito no artigo 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A autoridade adequada é a da Vara da Infância e Juventude da comarca onde se localize o domicílio dos genitores ou responsável. Na inexistência destes, será do lugar onde encontre a criança ou o adolescente.

Para se processar a apuração de ato infracional praticado pelo menor, o procedimento adotado é o semelhante ao previsto no Código de Processo Penal.

Quando o adolescente é apreendido por ordem judicial, será encaminhado à autoridade judicial, como prevê o artigo 171 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já, no caso de ser pego em flagrante, cometendo ato infracional, será encaminhado à autoridade policial competente, conforme artigo 172.

Em seqüência, verifica-se como fora cometido a infração. Constatou-se o emprego de grave ameaça ou violência. Sendo afirmativo questionamento, seguirá o procedimento semelhante ao da prisão em flagrante. Lavrar-se-á o auto de apreensão, sendo também ouvidas as testemunhas, apreenderá o produto e os instrumentos da infração e requisitará os exames ou perícias necessários à comprovação de materialidade e autoria da infração (artigo 173, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Serão, por conseguinte, chamados os pais ou responsável do menor e este será imediatamente liberado pela autoridade policial, com a condição de se apresentar ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou no próximo dia útil (artigo 174, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Caso não haja a liberação, o adolescente será encaminhado ao promotor de justiça com a cópia do referido auto de apreensão.

Haverá, então, a possibilidade de uma audiência de oitiva informal, conforme descreve o artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não há qualquer processo instaurado, por isso a nomenclatura de informal.

Nesta audiência, o menor será ouvido e se possível, os seus pais ou representante e as testemunhas. Poderá nesse momento, ser aplicada uma medida sócio-educativa, desde que não fira o direito de defesa do menor. Assim, podem ser aplicadas a advertência, obrigação de reparação do dano, prestação de serviço à comunidade ou a liberdade assistida, sendo necessário que esteja presente o defensor do adolescente e que a decisão seja homologada, posteriormente, pelo juiz.

Caberá, por conseguinte, ao Ministério Público, tomar uma das três providências previstas no artigo 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deverá requerer o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar ao juízo competente.

Caberá, então, ao juiz da Vara da Infância e da Juventude decidir se irá homologar ou não as providências tomadas pelo promotor de justiça.

Em caso de desacordo do juiz quanto à adoção das medidas pelo Ministério Público, aquele irá remeter ao Procurador Geral de Justiça que decidirá. O que este decidir deverá ser cumprido.

No caso de ser aplicada a remissão, poderá haver a exclusão, extinção ou a suspensão do processo. Para saber qual dessas hipóteses ocorrerá, deve-se verificar o momento e a medida sócio-educativa com que ela é concedida.

Se dada quando da audiência de oitiva informal, haverá exclusão do processo, pois este não existia e não existirá nunca. Se já instaurado o procedimento, deverá observar com qual medida ela foi concedida.

Sendo a remissão cumulada com a advertência concedida no curso do processo, haverá extinção do processo, pois essa medida se exaure em si mesma.

Mas, se cumulada com a obrigação de reparar o dano, liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, haverá a suspensão do processo, posto que a extinção só se dará quando for cumprida integralmente a medida.

Nos casos de internação em estabelecimento educacional e de semiliberdade, não há como serem impostas nesta fase do processo porque são medidas mais severas, devendo, como ordena a Constituição Federal, serem aplicadas somente em último recurso.

Havendo a representação do Ministério Público, será designada a audiência de apresentação do adolescente (artigo 184, Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo seus pais ou representante cientificados do tudo.

Em seguida, procede-se à oitiva dos presentes: do adolescente, dos pais ou responsável.

Após, o defensor do menor terá três dias da data da audiência de apresentação ou da data da juntada da sua intimação para que ofereça a defesa prévia, arrolando as testemunhas.

Segue-se, então, à audiência de continuação, em que as testemunhas arroladas são ouvidas, primeiro as de acusação e depois as de defesa.

Finda a oitiva e cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe profissional, será dado prazo para a apresentação das alegações finais. Primeiro é dada a palavra ao representante do Ministério Público e depois para o advogado do adolescente por um prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez minutos.

Todo o procedimento acima descrito é disposto nos artigos 184 a 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após a sentença, a medida imposta deverá ser aplicada pelo estabelecimento educacional competente, devendo respeitar todos os princípios assegurados aos menores.

1.2 No âmbito internacional

São de extrema importância os documentos internacionais que protegem crianças e adolescentes.

Segundo Grünspun (1985), somente no século XX é que se iniciaram os primeiros movimentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente. Sendo o primeiro, a Declaração Internacional dos Direitos de Menores de 1924, conhecida como Declaração de Genebra.

Posteriormente, ocorreram guerras, entre elas, a Segunda Guerra Mundial que acabou por não respeitar quaisquer dos direitos dos menores, sendo estes massacrados em massa.

Após esse período de genocídio, de desrespeito às crianças e aos adolescentes, foi assinada a Declaração dos Direitos da Criança, que se passa a estudar a seguir.

1.2.1 Declaração dos Direitos das Crianças

Em 1924, na cidade de Genebra, a Liga das Nações firmou a Declaração dos Direitos da Criança.

Através desse documento, houve o reconhecimento pela humanidade dos direitos da criança em ter o melhor, sendo assim estabelecido no preâmbulo:

Pela presente Declaração dos Direitos das Crianças, os homens e as mulheres de todos os países reconhecem que a Humanidade deve dar à criança o que tem de melhor; afirmar seus deveres à margem de qualquer consideração de raça, nacionalidade e crença.

Tinha, portanto, a finalidade de assegurar que os menores pudessem desfrutar de uma infância feliz e que os pais e as organizações voluntárias reconhecessem os direitos assegurados por essa Declaração.

Visava também, que não somente houvesse o reconhecimento, mas o empenho para que tais direitos fossem realmente observados, devendo-se seguir dez princípios dispostos na própria declaração, quais eram: direito à igualdade, direito à vida, direito à individualidade como pessoa, direito à saúde, direito ao afeto e à compreensão, direito à educação, direito à prioridade, direito ao trabalho e direito à liberdade.

Posteriormente, no ano de 1919, na cidade de Milão, nasce oficialmente o fascismo, movimento comandado por Benito Mussolini e intitulado de *Fasci di*

Combattimento, em que os integrantes usavam camisa preta e se opunham à classe liberal.

Esse regime político, caracterizado pelo autoritarismo, desrespeitou todos os princípios garantidos pela Declaração dos Direitos das Crianças, uma vez que exterminaram todos os filhos dos socialistas, em virtude do credo político de seus pais sendo as crianças queimadas em fornos crematórios, demonstrando total ignorância aos direitos individuais, políticos e sociais garantidos na Declaração.

Com o término da 2ª Guerra Mundial, houve o fim do fascismo e, assim, em 1959, a Declaração dos Direitos das Crianças foi adotada e proclamada pela Assembléia Geral, por meio da Resolução nº 1386 na XIV sessão, em que foram estabelecidos dez princípios não titulados e, o Brasil fazia parte dos Estados Membros.

Os princípios proclamados na Declaração envolvem direitos à vida, à igualdade, à saúde, à individualidade como pessoa, à proteção especial ao afeto e à compreensão, à educação, à prioridade, ao trabalho e à liberdade.

Apesar da adoção de todos esses princípios e sua conseqüente proclamação, não se tem visto o seu devido cumprimento, demonstrando, assim, o descaso dos Estados, da sociedade e a falta de empenho em observá-la.

1.2.2 Pacto internacional dos direitos civis e políticos

A Assembléia Geral das Nações Unidas adotou esse Pacto através da Resolução nº 2.200-A, na sua XXI sessão, que ocorreu no dia 16 de dezembro de 1966.

E, o Brasil aprovou através do Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991, sendo promulgado pelo Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992.

A importância desse Pacto é observada no que dispõem os artigos 23 e 24, que se preocuparam em defender a família e a criança, respectivamente.

Os artigos 23 e 24 desse documento rezam:

Art. 23. 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
(...)

4. (...) deverão adotar-se as disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

Art. 24. 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.
(...)

Ante o exposto, percebe-se que ao menor foram garantidos os mesmos direitos alinhados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É que, como bem observou Wilson Donizeti Liberati (2003):

(...) reforça a garantia de direitos da criança, já anunciada nas Declarações anteriores, propondo que toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado (...).

Portanto, as crianças e os adolescentes tiveram mais um Pacto internacional que conduziu ao reforço de seus direitos e garantias.

1.2.3 Declaração universal dos direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Resolução n 217-A na 3ª Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), em Paris, no ano de 1948.

Essa Declaração não só trouxe benefícios aos adultos, mas também às crianças.

Reconheceu o princípio da dignidade da pessoa humana, o respeito universal dos direitos e liberdades fundamentais e igualou os direitos do homem e da mulher.

Nos dizeres de Wilson Donizeti Liberati (2003, p. 8), a Declaração trouxe garantias aos homens, destacando-se as seguintes: o nascimento de todas as pessoas como livres iguais em dignidade e direitos; aptas e capazes para gozarem de todos os direitos e liberdades estabelecidas na documento, não permitindo qualquer distinção de raça, cor sexo, língua entre outros:

Dentre as garantias esposadas na Declaração, destacam-se: o nascimento de todas as pessoas como livres, iguais em dignidade e direitos; com aptidão e capacidade, para gozar os direitos e liberdades estabelecidas na Declaração, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição; com direito à vida, liberdade de locomoção e à segurança pessoal, onde ninguém será submetido em escravidão ou servidão ou submetido à tortura nem castigo cruel, desumano ou degradante (...)

(...)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, em suma, um tratado de garantia e respeito à vida e à liberdade, que, atributos que são de todo homem, constituem, também, fundamento do direito da criança.

Portanto, seria essa Declaração um documento internacional que cuidou de defender os direitos dos menores na forma geral de sua existência.

1.2.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San Jose da Costa Rica”

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também denominada de *Pacto de San José da Costa Rica*, foi adotada e aberta à assinatura na Confederação Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, no dia 22 de novembro de 1969. Pelo Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27 de 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 687 de 06 de novembro de 1992.

É um pacto que adota a posição de que devem ser reconhecidos todos os direitos essenciais da pessoa humana, posto que estes não derivam do fato do ser humano pertencer a uma determinada nacionalidade de determinado Estado, mas pelo motivo da necessidade de todos serem tratados com dignidade, levando-se em conta que são pessoas humanas, sujeitos de direito.

Wilson Donizeti Liberati (2003, p. 10) reforça:

Com força normativa interna, o Pacto reforçou a posição de defesa aos direitos humanos, principalmente a garantia das instituições democráticas, o regime de liberdade individual e pessoal e de justiça social fundados no respeito aos direitos essenciais do ser humano.

Portanto, a preocupação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos era a necessidade de se assegurar os direitos e garantias a todos os

povos, não fazendo distinção de qualquer natureza, bastando para que esse direito fosse garantido, a existência do ser humano.

1.2.5 As regras de Beijing

As regras de Beijing são nada mais que o texto das Regras Mínimas para a Administração da Justiça de Menores, adotado pela Resolução nº 40/33 da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizado na cidade de Beijing, na China, no período de 14 a 18 de maio de 1984, sendo aprovadas em 10 de setembro de 1985 na cidade de Milão, mas só foram reconhecidas definitivamente no dia 29 de novembro de 1985.

As questões que envolvem as crianças e adolescentes são de interesse mundial e, por essa razão, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem se preocupado muito com esse assunto. E, recomendou a sua aplicação a todo o mundo pelo XII Congresso da Associação Internacional de Magistrados de Menores e de Família, que aconteceu no Rio de Janeiro no ano de 1986.

As Regras de Beijing enunciam os princípios básicos para a proteção dos direitos fundamentais do homem, envolvendo também a questão dos menores.

Primordialmente, elas se preocupavam em cuidar dos jovens, em dar-lhes a devida assistência, pois estão em peculiar desenvolvimento.

Sendo assim destacado por Wilson Donizeti Liberati (2003, p.11):

A preocupação maior das Regras Mínimas era a proteção dos jovens, pelo fato de estarem, ainda no estado inicial do desenvolvimento de sua personalidade e necessitarem de assistência particular, para desenvolver-se física e intelectualmente e para integrar-se, de maneira satisfatória, na sociedade; necessitam, ademais, ser protegidos pela lei dentro de condições que garantam a paz, sua liberdade, sua dignidade e sua segurança.

Portanto, esse documento internacional visou que houvesse a devida proteção dos menores em razão de sua condição.

O Brasil incorporou tais regras ao ordenamento jurídico interno, porém, há uma impropriedade na aplicação de certos dispositivos desse texto internacional, principalmente o que diz respeito à responsabilidade penal dos menores.

É o que ocorre, por exemplo, no caso da aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos contemplados nas regras 7 e 15 de Beijing, enquanto que no direito menorista pátrio não se encontra a possibilidade de eficácia desses princípios. Isso porque o Estatuto Processual Penal adota o princípio da bilateralidade da ação, que gera a bilateralidade do processo, formando-se, assim, a triangularização da relação processual: autor, réu e juiz, não sendo admitido no Estatuto da Criança e do Adolescente tal concepção.

E, ainda, falaria em juiz imparcial, órgão de acusação e cumprimento de pena, prática de crimes, etc. Porém, o processo menorista não visa isso. Visa, sim, a ressocialização, e, por conseguinte, torná-lo um adulto melhor, reeducando-o com medidas sócio-educativas.

Em conformidade a esse entendimento, Wilson Barreira (1991, p. 38) diz:

Por esta razão o menor não é parte, mas um fim; o juiz não é imparcial, mas protetor; o Ministério Público não é órgão de acusação, mas Curador; o menor não é apenado, mas passível de medida reeducativa; o menor não é recolhido a estabelecimentos prisionais, mas a instituições educacionais; o menor deve receber escolarização, profissionalização, atendimento psicológico e social.

Vê-se, assim, que não se visa colocar o menor no pólo passivo da ação penal, admitindo-o como réu, mas reeducá-lo, dando toda a sociedade e o Estado o amparo que eles necessitam.

Todavia, não se presencia nas Regras apenas as inadequações supracitadas, há também recomendações aplicáveis no direito brasileiro, como a questão da execução de medidas que privem o menor de sua liberdade, devendo estas serem utilizadas somente em último recurso, objetivando sempre priorizar as providências mais brandas, dando privilégio àquelas de meio aberto, com fins educativos.

É o que prevê a Regra nº 19: “Caráter excepcional da institucionalização. 19.1 A internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível.”.

Baseado nessa orientação e em outras constantes nas Regras de Beijing, que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi elaborado, como bem salientou Wilson Donizeti Liberati (2003, p.14):

Embora não traduza força normativa no Brasil, as Regras foram a base de orientação na constituição do Estatuto da Criança e do Adolescente,

em matéria de política criminal juvenil, oferecendo princípios modernos, que privilegiam o respeito aos direitos fundamentais e à proteção social de uma parcela da população que está em um momento peculiar de desenvolvimento de sua existência.

Destarte, esses preceitos contribuíram para a feitura do atual diploma legal de proteção do menor, que representa um grande marco para o Direito Menorista Brasileiro, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.2.6 Convenção sobre os direitos da criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução nº 44 na XLIV sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, sendo aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28 de 14 de setembro de 1990, ratificada em 24 de setembro de 1990 e promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 99.71º, em 21 de novembro de 1990.

Essa Convenção tinha a intenção de reconhecer a criança como um sujeito de direitos, respeitando-lhe dignamente, através da justiça, liberdade e paz do mundo, sendo assim disposto no seu preâmbulo:

(...) Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;
Considerando que cabe preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, em um espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade; (...).

Destarte, tinha como premissa que toda criança deveria ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas para que pudesse estar plenamente preparada para ter uma vida independente na sociedade, respeitando a sua dignidade, liberdade, igualdade, paz, tolerância e solidariedade, sempre propondo dar preferência aos interesses da criança.

Como bem ordena o artigo 3º da Convenção:

Art. 3º. 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições do bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

2. Os Estados-partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela (...).

Logo, o acordo determina que seja posto em primazia o interesse do menor.

Em correlação a essa disposição, o artigo 19 do mesmo diploma reforça:

Art. 19. 1. Os Estados-partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deverão incluir, quando apropriado, procedimentos eficazes para o estabelecimento de programas sociais que proporcionem uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, (...).

Conseqüentemente, para que fossem respeitados os direitos garantidos pela Convenção, mister esta propor aos Estados-partes a realização de todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais necessárias para a proteção dos menores, em conformidade ao disposto no artigo 19 do referido documento internacional.

Todos esses direitos foram incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Os princípios e garantias fundamentais de proteção ao menor surgiram em razão da necessidade de se alcançar o objetivo perseguido, que é o seu bem-estar em todos os sentidos.

Assim, passa-se a analisar alguns princípios.

2.1 Princípio da imputabilidade penal

No ordenamento jurídico brasileiro, o ser humano só poderá ser punido pela prática de um fato ilícito, quando atingir a maioridade penal, que se dá aos dezoito anos.

Como bem prevê o artigo 228 da Constituição Federal: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”.

Assim, a Magna Carta foi expressa ao excluir do rol de imputabilidade os menores de 18 anos. Não podendo, assim, as crianças e os adolescentes serem condenados pela prática de crimes.

Não quer dizer que haverá impunidade, pois, a Constituição Federal prevê que os menores estarão sujeitos às normas da legislação especial, que, no caso, é o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Voltando a questão da imputabilidade, este possui o significado, conforme o Dicionário Houaiss (2001) diz: “ausência de características pessoais necessárias para que se possa ser atribuída a alguém a responsabilidade por um ilícito penal.”.

Portanto, a expressão advém da impossibilidade de se responsabilizar penalmente o menor da prática de qualquer fato ilícito.

A razão da destituição da responsabilidade penal do menor se funda na idéia de que são pessoas que ainda não se desenvolveram por completo e, conseqüentemente, não têm capacidade de entendimento e de autodeterminação

de que aquilo que praticou é ilícito. E assim, acabam por não preencher o requisito culpabilidade que é um pressuposto para a imposição da pena.

2.2 Princípio da proteção integral

No Brasil, as crianças e os adolescentes gozam do reconhecimento de direitos especiais e específicos por causa da adoção pelo ordenamento jurídico interno da Doutrina da Proteção Integral.

O dispositivo legal que ampara essa proteção é o artigo 227 da Constituição Federal, que rompe definitivamente com a doutrina da situação irregular do menor, sendo também disposto nos artigos 1º a 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Doutrina prega o respeito à criança e ao adolescente, e exige que os reconheça como sujeitos de direitos e garantias individuais e, por estarem em condição de peculiar desenvolvimento e, conseqüentemente, não terem capacidade de autodefesa de fato e de direito; os pais, os responsáveis, a sociedade e o Estado devem garantir que seja respeitado e cumprido tudo quanto lhes for salvaguardado.

Consoante a esse entendimento, Wilson Donizeti Liberati (2003, p. 44) desfecha:

Enfim, a doutrina da proteção integral reconhece que todas as crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, além dos direitos especiais que decorrem, precisamente, da especial condição de pessoas em desenvolvimento.

Portanto, os menores gozam de todo amparo legal a fim de que se tenha a seu dispor a genuína concretização de suas prerrogativas.

2.3 Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em função do reconhecimento de que os menores de 18 anos necessitam de uma proteção. Proteção essa que deriva do incompleto desenvolvimento físico, psíquico e emocional.

A Constituição Federal trouxe expressamente esse princípio no § 3º do artigo 227, tratando sobre os direitos fundamentais da pessoa humana de condição especial: ainda em fase de desenvolvimento.

Consoante a esse entendimento, Martha de Toledo Machado (2003, p. 107-108) diz:

Só que são direitos de uma pessoa humana de condição especial: da pessoa humana em fase de desenvolvimento.

(...)

Temos, pois, que a Constituição de 1988 criou um sistema de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Fora, portanto, a Constituição Federal cuidadosa em defender os direitos daqueles que se encontram em peculiar desenvolvimento físico, psíquico e emocional.

Essa situação especial advém do não desenvolvimento total da sua personalidade, ou seja, os menores estão propícios à influência dos seres humanos adultos, demonstrando, por conseguinte, a sua maior vulnerabilidade e merecedor do tratamento trazido pela Constituição Federal.

Nesse sentido, Martha de Toledo Machado (2003, p. 120-121) ressalta:

Em suma, porque a personalidade de crianças e adolescentes ainda não está formada, porque a possibilidade de desenvolver as potencialidades do ser humano é pré-requisito da própria conceituação jurídica da personalidade e porque crianças e adolescentes são mais vulneráveis que os seres humanos adultos, há necessidade de que seus direitos fundamentais, sob o ângulo do próprio direito material, sejam conformados, estruturados, de maneira diversa daquela pela qual se conformam os direitos fundamentais dos adultos.

Por derradeiro, observa-se que os menores foram realmente protegidos pela Constituição Federal, no que se refere à sua condição de peculiar desenvolvimento.

2.4 Princípio da prioridade absoluta

O Princípio da prioridade absoluta se baseia na prevalência do interesse do menor diante de qualquer outro interesse.

Ele assegura que nas situações em que houver confrontos entre o que for conveniente para a população infanto-juvenil e para os adultos, aqueles serão atendidos primeiramente.

A elaboração dessa regra parte da premissa de que o menor é um ser humano frágil, porque ainda não se desenvolveu por completo as suas habilidades físicas, psíquicas, sociais e intelectuais. Precisando, conseqüentemente, de um amparo legal maior.

O que se persegue é o bem-estar social dos menores, como já mencionado alhures.

Esse princípio foi determinado pelo artigo 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, que assim dispunha:

Art. 3º. 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridade administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

Essa Convenção tinha por finalidade alcançar a efetivação dos direitos subjetivos da população infanto-juvenil, fazendo com que fossem realmente cumpridas todas as prerrogativas concedidas aos menores.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve, o Brasil demonstrou que adotava esse princípio ao determinar em seu artigo 227, que todos deveriam assegurar à criança e ao adolescente a absoluta prioridade.

Se mal analisado, parece que o princípio é inconstitucional, que fere o princípio da igualdade, mas na realidade não é.

Isso porque a criança e o adolescente estão em processo de formação e, assim, encontrando-se em condição de maior fragilidade, faz-se necessário que haja um tratamento diferenciado.

Por derradeiro, constata-se que a Magna Carta quis conceder um tratamento prioritário aos menores a fim de que pudesse garantir a efetivação de seus direitos, mesmo estando num estado de instabilidade.

2.5 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é de importância extrema, pois há necessidade de que haja a instauração de um processo para considerar alguém como responsável pela prática de determinado ato.

No que tange às crianças e adolescentes, a Constituição Federal previu no seu artigo 5º, inciso LIV, como direito fundamental do homem, o devido processo legal, dessa maneira, este também lhes é assegurada, tão embora, como já dito alhures, não há um processo contra o menor, mas um procedimento para apurar a prática do ato infracional.

Mas a sua aplicação se dá a fim de se garantir ao menor que nenhuma medida lhe seja aplicada sem que haja a investigação, se este é realmente o autor do fato ou não, para que assim, não seja cometida qualquer injustiça.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reafirmou essa garantia, ao determinar que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Por fim, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro procura sempre deixar os seus cidadãos em liberdade ao ordenar que haja um “processo” para se aplicar uma medida que prive o menor de sua liberdade, buscando, assim, fazer prevalecer os princípios adotados pelo Estado Democrático.

2.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O menor, quando é submetido a um procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem direito como todo ser humano, de se defender perante o juiz, sendo representado por um defensor à sua escolha ou, se não puder, ser-lhe nomeado um.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe sobre os direitos fundamentais da população infanto-juvenil, além dos demais dispersos ao longo da Constituição.

Assim, a defesa é um direito fundamental assegurado aos menores. Devendo, portanto, seguir toda a formalidade do processo para permitir que o menor fique, sempre que possível, em liberdade.

Porém, ao que se refere o contraditório e a ampla defesa, não seria correto afirmar a sua existência nos casos em que envolvam os menores, autores de ato infracional, isto porque não é possível haver a triangularização do processo, uma vez que as medidas aplicáveis às crianças e aos adolescentes, visam tão somente a sua reintegração social.

Mas isso não implica dizer que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente se equivocaram ao determinar que fosse assegurado o direito de defesa ao menor.

Não há realmente um processo instaurado contra o menor infrator, entretanto, existe um procedimento em que se busca aplicar uma medida apta a reeducá-lo e, por conseguinte, possibilitar o seu retorno ao convívio social.

Como bem disse Wilson Barreira (1991, p. 38):

Por esta razão o menor não é parte, mas um fim; o juiz não é imparcial, mas protetor; o Ministério Público não é órgão de acusação, mas Curador; o menor não é apenado, mas passível de medida reeducativa; o menor não é recolhido a estabelecimentos prisionais, mas a instituições educacionais; o menor deve receber escolarização, profissionalização, atendimento psicológico e social.

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao ordenar que se aplicarão os procedimentos previstos na legislação processual penal, quis tão somente assegurar os mesmos direitos conferidos aos processados no juízo criminal e não afirmar que há um processo iniciado em face do infrator.

2.7 Princípio da publicidade

A publicidade dos processos que envolvem menores é proibida, posto que estes estão em desenvolvimento e têm a possibilidade de recuperação. E, ainda, esta é um dos objetivos das medidas sócio-educativas, o qual visa a reintegração do menor à sociedade.

Esta vedação é legal, pois está disposto no artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, ainda, a punição daquele que divulgar total ou parcialmente qualquer que seja o procedimento que envolva a prática de atos infracionais pelos menores sem a devida autorização (artigo 247, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em concordância ao princípio, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu:

(...) exibição de programas com apresentação de menores praticando atos infracionais, sem qualquer dissimulação, não admite justificativa, porque o artigo 247, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é impositivo na proibição, sujeitando-se a emissora de televisão às sanções cominadas, nos termos do § 1º do referido dispositivo (...).

Destarte, a publicidade nos procedimentos em que envolvam menores de 18 anos, é proibida desde que não haja a devida autorização para tanto. Conseqüentemente, se desrespeitado esse preceito legal, haverá cominação de sanções para aquele que o descumpriu.

2.8 Função da família para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente

Como bem se sabe, a família é a base, é a estrutura para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

A importância de sua existência é demonstrada quando a Constituição Federal prevê no artigo 227 que toda a população infanto-juvenil terá direito à convivência familiar, impondo este direito como fundamental à sua existência.

Reforçando essa tese, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou que os pais só perderiam o poder familiar se inviabilizassem o desenvolvimento sadio do menor, sendo, então este colocado em uma família substituta. Com isso, verifica-se a grande importância da família para a criança e o adolescente.

Nessa esteira de entendimento, Pedro Caetano de Carvalho (2000, p. 175) afirmou:

Priorizando a convivência familiar como um direito fundamental da infante-adolescência, o Estatuto estabeleceu no artigo 19 que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de

sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária.

Por derradeiro, a função instituição familiar se baseia no fato de que quando o menor estiver bem amparado, não só materialmente, mas também, no sentido afetivo, emocional, psíquico, terá maior possibilidade de no futuro não se tornar um marginal.

2.9 A sociedade e o Estado no papel de tutelar a criança e o adolescente

A criança, em sua condição especial desenvolvimento, necessita do apoio de todos que se encontram à sua volta. Por essa razão que a Constituição Federal dispôs no artigo 227 que não só a família, mas também a sociedade e o Estado devem assegurar que os seus direitos serão respeitados e devidamente cumpridos, conforme ordenado.

A tutela a ser oferecida pela sociedade e pelo Estado se dá através do reconhecimento dos menores como sujeitos de direitos e garantias individuais e, também pelo devido cumprimento destas prerrogativas.

Como bem disse Haim Grünspun (1985, p. 117):

A única tutela do Estado sobre a sociedade dos menores é estender a democracia para esta sociedade. No Executivo, a realização de política para o menor, desde a vida intra-uterina até a maioridade, (...); no Legislativo, a eleição de representantes do povo que em todas as classes sociais procurem o aperfeiçoamento da legislação que proteja o menor, especialmente física e mental e na educação e instrução nas idades adequadas; no Poder Judiciário, a proteção dos direitos dos menores, onde estes possam ser ouvidos e representados em todas as fases do desenvolvimento a partir dos direitos constitucionais, como seres humanos (...). Cabe ainda ao Poder Judiciário a grande tarefa de prevenção dos problemas sociais em relação ao mundo dos menores desde a vida familiar até a escolar e social.

Assim, percebe-se que a intervenção do Estado nos problemas sociais é de extrema importância, quando se pretende proteger os interesses dos menores, devendo a sociedade também contribuir para que o menor seja tutelado da melhor forma possível.

O apoio da sociedade se dá quando esta não fica somente de espectadora ante as dificuldades enfrentadas pelo Estado, mas busca formas para a concretização dos direitos assegurados aos menores.

3 RESPONSABILIDADE PENAL DO MENOR INFRATOR

3.1 Responsabilidade penal do menor infrator

Antes mesmo de se abordar a questão da responsabilidade penal do menor infrator, é de extrema importância definir a expressão “menor infrator”.

Menor infrator é a criança ou o adolescente que comete qualquer conduta descrita como crime ou contravenção penal, estando sujeitos às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa definição parte do que é disposto no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim diz: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”.

Nesse sentido, o autor André Karst Kaminski (2002, p. 49), descreve: “(...) somente poderão ser sujeitos ativos (autores) do ato infracional as crianças e aos adolescentes, ou seja, aqueles com até 18 anos de idade, conforme prescrição da lei estatutária (artigo 2º, Estatuto da Criança e do Adolescente).”.

Com a expressão “menor infrator” já definida, é possível tratar da responsabilidade penal a que lhe é conferida.

O menor infrator não é tido como imputável pela Constituição Federal e nem pelo Código Penal de 1940. É sim, tido como uma pessoa inimputável, sendo passível de medidas de proteção e sócio-educativas, conforme dispõe o artigo 228 da Constituição Federal e os artigos 101 e 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal, no artigo 228, afirma serem inimputáveis os menores de dezoito anos, sendo sujeitos à legislação especial, tratando a esse respeito o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos acima referidos. Esse dispositivo é uma cláusula pétrea, sendo assim, não pode ser alterado, ao menos que se faça uma nova Constituição.

Há esse tratamento pela Constituição Federal porque como já visto nos capítulos anteriores, o menor é tido como pessoa em desenvolvimento e, assim, necessita de uma proteção maior para que possam de alguma forma, quando atingir a idade adulta estar ressocializado e não estar mais envolvido no mundo da bandidagem.

No que se refere a responsabilidade penal, mister se faz também, defini-la. Segundo Heleno Cláudio Fragoso (1985), pode-se dizer: “Responsabilidade penal é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável.”.

Com a definição acima exposta, não há dúvida de que o menor não pode ser responsabilizado, posto que tanto a Constituição Federal, no seu artigo 228, quanto o Código Penal de 1940, no artigo 27, proíbem terminantemente a inclusão do menor no rol dos imputáveis, uma vez que o critério adotado é o etário.

Desta forma, o menor é considerado uma pessoa incapaz de entender o caráter ilícito do fato, não conseguindo compreender o que pode fazer ou não. E, ainda, não possui a possibilidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 272) diz:

Não se leva em conta o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ser plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não se possa negar que um jovem de menor idade tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos.

Assim sendo, pode-se afirmar que o menor não pode ser penalmente responsabilizado, cabendo ao Estatuto da Criança e do Adolescente definir a medida a ser aplicada a ele, conforme a Constituição Federal dispõe no artigo 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”.

Porém, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê as medidas sócio-educativas para os adolescentes e as medidas de proteção para as crianças, está tão somente tomando medidas de caráter preponderantemente pedagógico, não possuindo nenhum caráter punitivo.

Nazir David Milano Filho e Rodolfo César Milano (1999, p. 46) desta forma afirmam: “Necessário se faz, por fim, que as medidas sócio-educativas não têm caráter de pena, guardando sim certa carga de retribuição, mas seu conteúdo é preponderantemente pedagógico.”.

Entretanto, há que ressaltar que os menores são tratados conforme a idade que tem. Por exemplo, a criança, na qual se engloba aquele que tem até 12 anos de idade incompletos, está sujeita às medidas de proteção, e, os adolescentes que inclui os que têm 12 anos de idade completos até os 18 anos incompletos.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para que o menor possa ter a proteção que necessita e, ainda, estando em condição irregular, ou seja, envolvido no mundo infracional, possa ainda ter a chance de se consertar e, tornar-se um adulto consciente do seu papel na sociedade.

3.2 Responsabilidade penal no Estatuto da Criança e do Adolescente e a sensação de impunidade

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei especial que traz em seu texto a proteção integral do menor, sem ferir o dever de responsabilizá-lo quanto à prática de atos infracionais.

Há, porém, quem entenda que vigora no Sistema Brasileiro a idéia de que o menor fique impune da prática de seus atos infracionais, contribuindo para que, cada vez mais, crianças e adolescentes pratiquem atos abomináveis, defendendo, também, que se diminua a idade de imputabilidade penal. No entanto, não é bem assim, pois quem dessa forma entende, desconhece o sistema de responsabilidade penal contemplado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente - Comitê Gaúcho Contra a Redução da Idade Penal assim disse na doutrina constante no site do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2006):

Impunidade é uma coisa; inimputabilidade, outra. Impunidade acontece quando a justiça não pune o autor de um crime que, assim, não cumpre a pena prevista para o crime praticado. Inimputabilidade ocorre quando a justiça reconhece que o autor do crime não tem condições plenas para ser julgado e penalizado. É o caso das crianças.

Ante o exposto, observa-se que o menor é, sim, tido como pessoa em desenvolvimento, necessitando de uma proteção maior, mas o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas a serem aplicadas aos menores que cometem atos infracionais.

Dyandra Lisita Célico (2005) diz:

É verdade que ao criar as medidas sócio-educativas, o legislador tentou dar um tratamento diferenciado aos menores de 18 anos, reconhecendo neles a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Nessa linha, as medidas deveriam ser aplicadas para recuperar e reintegrar o jovem à comunidade, o que lamentavelmente não ocorre, pois ao serem executadas transformam-se em verdadeiras penas, completamente inócuas, ineficazes, gerando a impunidade, tão reclamada e combatida por todos. O sistema é falho, principalmente o da execução destas medidas, para não dizer falido, mas o menor, um ser em desenvolvimento, que necessita do auxílio de todos para ser criado, educado e formado, é quem sofre as consequências da falta de todos aqueles que de fato e de direito são os verdadeiros culpados pela sua situação de risco.

Conforme o pensamento da advogada acima citado, o que é ineficaz, não são as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim, o sistema de execução destas, posto que se realmente aplicadas com o devido teor, não há dúvida de que haveria sim, resultado das medidas aplicáveis.

A redução da idade para a imputabilidade penal, conforme defendem alguns doutrinadores, como sendo uma solução do caso, não seria, para outros, uma medida eficaz para o combate da criminalidade infanto-juvenil.

O debate da questão é atual, pois há cada vez mais o envolvimento de menores no mundo da criminalidade. Aumenta-se a cada ano o número de adolescentes praticando infrações hediondas, fazendo parte de organizações criminosas.

Porém, tenta-se culpar sempre, em primeiro lugar o Sistema Brasileiro, afirmando que é falho e, assim, dá margem para o menor praticar atos infracionais, não levando em conta nada mais. No entanto, há que se levar em conta, também todos os outros fatores que possam influenciá-lo, levando-o a cometer atos que prejudiquem a sociedade.

Há que se incluir a família, a condição social, o fator psíquico e tudo mais. Mas, não quer dizer que só pelo fato do menor ser pobre é que ele irá cometer atos infracionais, mas pelo contrário. A família é um fator muito importante para a sua formação.

Uma família muito bem estruturada, não dizendo em cem por cento, mas em quase sua totalidade, não dá brecha para que o menor recorra à bandidagem

para a solução de seus problemas, mesmo que tenha muitos problemas financeiros.

Uma pesquisa realizada por Paula Gomide (2000) constatou que a metade dos entrevistados que eram menores infratores, não tinham família ou haviam se desvinculado dela. E, outros que tinham família, era esta constituída por apenas um dos genitores casado ou amasiado com alguém que fazia o papel de madrasta ou padrasto. E, ainda, para demonstrar o tamanho da desestrutura familiar, relataram que eram agredidos desde pequenos.

A pesquisadora acima citada (2000, p. 69), assim diz:

O método educacional (violento), a ausência de orientação e afeto devido, provavelmente, ao problema emergente de sobrevivência com o qual a mãe se defrontava, - despreparada para assumir as funções provedoras legadas a elas pelo pai – acrescidos da baixa auto-estima, decorrente da desvalorização sofrida em casa e/ou na escola, justificavam, em parte, a gradual procura da rua como um meio de sobrevivência alternativo e talvez mais promissor. Os menores relatavam que saíam de casa em busca de dinheiro, não de trabalho, pensando ser esta uma forma eficaz de receber da mãe, ou madrasta, o afeto necessitado.

Diante de tal pesquisa realizada e publicada por Paula Gomide, observa-se que o menor busca em primeiro lugar o afeto, que é de extrema necessidade para qualquer ser humano. Mas, para uma família que nem estrutura possui, é muito difícil haver pelo menos uma união e, muito menos o afeto entre eles.

Ocorrendo dessa forma, é claro que qualquer um que estivesse nesta situação procuraria “conquistar” o afeto de alguma forma. E, no caso dos entrevistados, a necessidade era financeira, posto que iam de alguma forma tentar buscar no mundo uma maneira para contribuir na renda familiar, mas de modo desesperado e, assim, iam em busca de dinheiro e não de emprego, posto que para conseguir um emprego é difícil e, ainda, o salário só receberiam ao final do mês. Mas, a situação pedia de imediato o dinheiro. E, foi dessa forma que acabaram ingressando no mundo do crime.

Mas, não há que se esquecer que os infratores não são compostos só por aqueles de classe baixa, pelo contrário, há também em seu meio os menores que têm uma condição boa economicamente. Mas, se a base familiar não é bem estruturada, os menores acabam tentando fugir dos problemas de alguma forma.

Uma das alternativas são as drogas. Vão experimentar para aliviar a dor de não ter em casa não o conforto material, mas o afetivo e, conseqüentemente, quando menos esperam já estão viciados e acabam roubando para comprar os entorpecentes, às vezes roubam até dentro de sua própria casa.

Para cada uma dessas situações, nos casos de menores infratores, a ECA prevê medidas para que o problema seja resolvido. Há as medidas de proteção e sócio-educativa para tentar ressocializar, reintegrar o menor à sociedade.

As medidas não são tão rígidas, pois os menores são pessoas em desenvolvimento, necessitando de apoio da família, da sociedade e do Estado para que possam se reintegrar à sociedade. No entanto, muitos pensam que aplicadas tão somente essas medidas há a impunidade, não havendo a repressão necessária para que se combata a problemática do envolvimento de menores na criminalidade.

João Batista Costa Saraiva (2006), assim diz:

A questão da responsabilização do adolescente infrator e a eventual sensação da impunidade que é passada para a opinião pública decorre não do texto legal nem da necessidade de sua alteração - mesmo se admitindo não ser o Estatuto da Criança e do Adolescente uma obra pronta e acabada. A questão toda se funda na incompetência do Estado na execução das medidas sócio-educativas previstas na Lei, a inexistência ou insuficiência de programas de execução de medidas em meio aberto e a carência do sistema de internamento (privação de liberdade), denunciado diariamente pela imprensa, com raras e honrosas exceções.

Quando o Estatuto da Criança e do Adolescente substituiu o Código de Menores de 1979, instituiu em seu texto medidas de proteção e sócio-educativas consideradas os melhores e mais completos instrumentos para proteger e punir os menores infratores. E, nessa esteira de entendimento, não haveria de que se discutir o teor constante no Estatuto, mas tão somente a forma em que se executam as medidas a serem aplicadas aos menores infratores.

3.3 Medidas sócio-educativas e suas funções

As medidas sócio-educativas foram previstas nos incisos I a IV do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de ressocializar o menor infrator e também, reintegrá-lo à sociedade.

São medidas que, serão aplicadas se o adolescente realmente praticar uma conduta típica, antijurídica e culpável e, também, deve ser reprovável. São previstas de forma que se devidamente aplicadas, terão resultados satisfatórios, não restando qualquer dúvida quanto à sua eficiência. Tais medidas são aplicadas conforme as circunstâncias e gravidade do ato infracional, levando também em conta os antecedentes do menor e sua capacidade de cumpri-la. Nesse sentido, Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano dizem:

O menor infrator (...) poderá receber a aplicação da medida prevista, de acordo com a gravidade do ato infracional ou antecedentes que detenha, podendo as medidas sócio-educativas serem aplicadas cumulativamente.

A medida aplicada ao adolescente sempre levará em conta sua capacidade em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (...).

Detém ainda, as medidas, conforme exposto acima, a característica de cumulatividade, podendo, portanto, serem aplicadas duas ou mais ao mesmo tempo, desde que não importe em privação da liberdade do menor infrator.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEI Nº 8.069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. REMISSÃO OFERECIDA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. HOMOLOGAÇÃO EM JUÍZO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO. 1. Esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que, por força mesmo da letra da lei, pode o magistrado, ao homologar a remissão concedida pelo órgão ministerial, impor outra medida sócio-educativa prevista na Lei nº 8.069/90, excetuadas aquelas que impliquem semiliberdade ou internação do menor infrator. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (REsp 457684 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0104540-9 Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) J. em 25/08/2004).

Há que se ressaltar que tais medidas tratadas nesse tópico são aplicadas tão somente aos adolescentes, pois as crianças são sujeitas às medidas de proteção.

As medidas foram previstas com a finalidade de garantir que os direitos dos adolescentes sejam respeitados como é determinado pelo artigo 227 da Constituição Federal que assim dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

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

Dessa forma, o menor, sujeito a tais medidas terá assegurado constitucionalmente o direito à liberdade, à dignidade, ao respeito, sem esquecer de sua absoluta prioridade.

Quanto à absoluta prioridade, pode-se dizer que o menor possui prioridade em relação aos direitos garantidos pela Constituição Federal. Ou seja, quando houver interesses diversos, envolvendo um menor, este prevalecerá quanto ao seu direito. Destarte, não há desigualdade quando se trata de direito fundamental de criança e adolescente.

Fábio Ribeiro Soares da Silva descreve que:

O legislador ao consagrar o Princípio da Prioridade Absoluta conferiu a crianças e adolescente uma valiosa garantia de que o Estado deve ser sempre um ferrenho garantidor e ao mesmo tempo respeitador dos seus direitos e deve ter em primeiro plano os programas sociais que visam beneficiar e garantir condições dignas e constitucionais para seu desenvolvimento. O legislador consagrou tal Princípio no art. 4º do ECA, como norte para a atuação da família, do Estado e da sociedade.

Portanto, o Princípio previsto tanto na CF quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, visou tão somente resguardar os direitos dos menores que estão em situação de peculiar desenvolvimento, necessitando do apoio tanto da família, quanto da sociedade e também do Estado para garantir que seus direitos não sejam desrespeitados.

Cabe ressaltar, ainda, que nem mesmo o Estado terá poder de discricionariedade quando se tratar de direito do menor, posto que está sujeito ao Princípio da Prioridade Absoluta da criança e do adolescente, devendo, assim, primeiro atender as necessidades destes.

Nessa harmonia, foram decididos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO CÍVEL PÚBLICA – ECA – Obrigação de o estado-membro criar, instalar e manter programas destinados ao cumprimento de medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade destinados a adolescentes infratores. Inclusão necessária no orçamento. Tem o Estado o dever de adotar as providências necessárias a implantação. A discricionariedade, bem como o juízo de conveniência e oportunidade

submeterem-se a regra da prioridade absoluta insculpida no art. 4º do ECA e no art. 277 da CFb. Recurso desprovido, por maioria. (TJRS. 7ª C.Cív. – AC 597097906 – RS – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves – J. em 22.04.1998)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. ECA. TRATAMENTO DE SAÚDE DE MENOR. (...) Não há discricionariedade quando se trata de direito fundamental da criança e do adolescente, devendo o Judiciário agir, se provocado, diante da ação ou omissão do Executivo. Negaram provimento à apelação. Unânime. (TJRS. 7ª C. Cível. Apelação Cível nº 70010730687. Rel.: Walda Maria Melo Pierro. J. em 02/03/2005).

Sendo assim, a Administração Pública se sujeita ao que é previsto tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de se efetivar os direitos fundamentais dos menores.

Ana Maria Moreira Marchesan (2006), Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em artigo publicado no site do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul conclui o seguinte: (...) dessume-se ser o princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes mais um vetor de limitação ao agir discricionário do administrador público.

Quanto à liberdade, o menor só será privado dela se apreendido em flagrante ou, ainda, se houver ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, é o que prescreve o “caput” do artigo 106 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano (1999, p. 20) assim discorrem:

O adolescente autor de ato infracional, assim como qualquer pessoa autora de crime ou contravenção, não pode ser privado de sua liberdade, a não ser excepcionalmente no caso de apreensão em razão de flagrante ou em virtude de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, seguindo-se um preceito de ordem constitucional (artigos 5º, LXI e 93, IX), que acabou redundando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 106.

Ocorrendo, assim, a apreensão do menor através de alguma das duas hipóteses acima expostas, terá o direito de se defender e, ainda, terá a sua família comunicada do fato ocorrido e a autoridade judiciária examinará desde logo, a possibilidade de sua liberação.

Em relação aos outros direitos garantidos pela Constituição Federal, como o direito à saúde, à educação e todos os demais, permanece a idéia de que o

menor terá prioridade em tudo, levando sempre em primeiro lugar, o seu interesse.

Agora, no que diz respeito à capacidade de suportar a medida sócio-educativa, salienta-se que há menores infratores que têm problemas psíquicos e, dessa forma não poderia ser tratado da mesma forma que aquele que em sua consciência pratica o ato infracional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tratou desse assunto no artigo 101, inciso V, assim dispondo:

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

(...)

V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

Sendo desta forma previsto, o portador de sofrimento psíquico estará sujeito às medidas de proteção, sem que haja a aplicação de medida sócio-educativa, posto que mesmo sendo adolescente e, conseqüentemente inimputável, não será tido como imputável mesmo quando atingir a maioridade penal, enquadrando-se no que é disposto no artigo 26 do Código Penal.

Nesta seara, João Batista Costa Saraiva (2003, p. 80) afirma:

Faz-se deste modo insusceptível de aplicação de medida sócio-educativa, mesmo sendo autor de ato infracional, haja vista sua incapacidade de cumpri-la. Deverá ser submetido a uma medida de proteção, nos termos do art. 101, inc. V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser internado em hospital psiquiátrico ou submetido a tratamento ambulatorial, sem submissão de medida sócio-educativa.

Portanto, mesmo que o menor tenha de 12 anos de idade completos até 18 anos incompletos, sendo portador de deficiência psíquica, não estará sujeito às medidas sócio-educativas, mas sim às medidas de proteção.

O legislador ao prever dessa forma, tentou fazer valer o que o caput do artigo 5º da Constituição Federal dispõe: considerar todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse considerar todos iguais perante a lei quer dizer tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, fazendo com que prevaleça, acima de tudo, a justiça.

3.3.1 Natureza jurídica

O destinatário das medidas socioeducativas são os menores infratores, que serão submetidos à sua aplicação conforme a gravidade do ato infracional praticado.

Há um grande erro ao se relacionar a medida socioeducativa com uma pena a ser aplicada ao adolescente, autor do ato infracional, posto que as medidas sócio-educativas não têm caráter de pena, mas sim educativo, pedagógico. Visa a reintegração do menor à sociedade, o retorno da sua convivência familiar, a sua escolarização e profissionalização.

Assim, há uma certa carga de retribuição, com conteúdo pedagógico. Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano (1999, p. 46) afirmam:

Necessário observar, por fim, que as medidas sócio-educativas não têm caráter de pena, guardando sim certa carga de retribuição, mas seu conteúdo é preponderantemente pedagógico.

Portanto, a medida sócio-educativa possui uma finalidade pedagógica, que busca acima de tudo, não punir o menor infrator, mas sim reintegrá-lo à sociedade e à sua família, fazendo com que no momento da aplicação das medidas venha a entender que a prática daquele ato infracional não fora correto.

Busca, enfim, incentivar o menor a não mais praticar qualquer delito, reeducando-o e profissionalizando-o, permitindo que reconheça que possui muitas habilidades que podem ser exploradas a fim de que se tornem adultos conscientes de seu papel na sociedade.

3.3.2 Advertência

A advertência é uma medida sócio-educativa, que visa tão somente admoestar oralmente o adolescente infrator, dizendo o ato infracional que cometeu e o compromisso de que não mais praticará tal ato.

É uma medida revestida de solenidade, formalidades legais, de caráter intimidativo e de censura. Entretanto, deve-se observar que o adolescente é considerado um sujeito de direitos conforme determinou a Constituição Federal e, por conseguinte, deverá ser admoestado sem constrangê-lo ou vexá-lo.

Apesar de conter um caráter singelo, é de grande importância para alertar o jovem de que não deveria ter cometido a infração e, sobre as conseqüências por ela produzidas.

Nessa opinião, Wilson Donizeti Liberati (2003, p. 102) declarou:

Por ser singela, a medida sócio-educativa de advertência não é menos importante que as demais. A presença da autoridade, alertando o jovem para as conseqüências do ato indesejado que praticou, irá contribuir, sobremaneira, para sua educação.

Portanto, essa providência prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente é meramente admoestador, mas eficaz quando de sua execução.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê essa medida no artigo 115 que dispõe da seguinte forma: “A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.”.

Essa admoestação é feita durante uma entrevista com o Juiz da Vara da Infância e Juventude, sendo aplicável às infrações de menor potencial ofensivo e é recomendada, via de regra, aos adolescentes que não têm histórico criminal.

Para a aplicação dessa medida, basta tão somente a prova da materialidade e indícios de autoria, conforme determina o artigo 114, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso porque visa tão somente alertar o adolescente e seus pais ou responsável do ato infracional que aquele cometeu.

3.3.3 Obrigação de reparar o dano

A obrigação de reparar o dano é uma medida sócio-educativa aplicável em caso de haver dano patrimonial em virtude do ato infracional praticado pelo menor.

Valter Kenji Ishida (2006, p. 174) diz:

A lei prevê a medida de reparação de dano no caso de infrações com reflexos patrimoniais. Poder-se-iam citar os delitos de trânsito, abrangendo as lesões culposas, o homicídio culposo, a direção perigosa e a falta de habilitação.

No mesmo trilho, Fernando Machado (2000, p. 60) comenta: “Em se tratando de ato infracional, com reflexos patrimoniais, autoridade judiciária poderá determinar, se for o caso, que o adolescente (...) compense o prejuízo da vítima.”.

Essa medida é prevista no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e tem a função de despertar o senso de responsabilidade do adolescente acerca do bem alheio.

Porém, o artigo 932, I do Código Civil, prevê que os pais ou seu responsável poderão ser exclusivamente responsabilizados ou então, solidariamente responsabilizados, e, assim, o menor só responderá se tiver patrimônio suficiente para reparar o dano causado.

Raimundo Luiz Queiroga de Oliveira (2006) afirma:

(...) quando um adolescente com menos de 16 anos for considerado culpado e obrigado a reparar o dano causado, em virtude de sentença definitiva, a responsabilidade dessa compensação caberá, exclusivamente aos pais ou responsável, a não ser que o adolescente tenha patrimônio que possa suportar essa responsabilidade. Acima de 16 anos e abaixo de 18 anos, o adolescente será solidário com os pais ou responsável quanto à obrigações dos atos ilícitos por ele praticados. Isso conclui-se da interpretação do art. 932, I do Código Civil atual.

Ante o exposto, percebe-se que essa é uma medida que tenta compensar o prejuízo patrimonial da vítima.

A satisfação da obrigação pode ser promovida de três formas: a de restituir a coisa, a de ressarcir o dano e a de compensar o prejuízo.

Consoante a esse entendimento, Fernando Machado (2000, p. 60) discorre: “(...) que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.”.

Por derradeiro, o objetivo maior dessa medida sócio-educativa é que o menor se sinta responsável pela infração cometida para que assim, não cause mais prejuízo a alguém.

3.3.4 Prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade é uma medida sócio-educativa prevista no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É uma medida que tem como objetivo a realização, por parte do adolescente, autor de ato infracional não grave, de tarefas gratuitas de interesse geral por período não superior a seis meses.

Nesse diapasão, Valter Kenji Ishida (2006, p. 176) diz: “Definiu o legislador a medida de prestação de serviços à comunidade. É a realização de tarefas gratuitas de interesses gerais por período não superior a seis meses.”.

Essa medida sócio-educativa seria uma forma de integração e conscientização do adolescente, mostrando-lhe que praticara uma conduta indevida e que a utilidade daquele serviço prestado é o de conscientizá-lo de que não pode mais agir daquele jeito que fizera.

O interesse quanto ao serviço atribuído deve ser geral, respeitando-se a habilidade do adolescente, em jornadas não superiores a oito horas semanais, devendo ainda observar que não poder prejudicar a sua freqüência escolar e nem a sua jornada de trabalho.

A prestação desse serviço deve ser acompanhada por entidades assistenciais, não podendo haver o trabalho forçado, pois o artigo 112, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe expressamente:

Artigo 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

(...)

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

Deve, ainda, a medida ser voltada ao bem comum, conforme Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano (1999, p. 52) dizem:

A medida deve ser voltada ao bem comum, interesse geral à solidariedade e preocupação com o próximo, introduzindo no adolescente o senso de responsabilidade, não sendo permitido, é bom destacar, qualquer tipo de retorno pecuniário, em face da própria natureza da medida.

A autoridade judiciária competente para a aplicação de tal medida será a responsável por encaminhar o adolescente à entidade governamental ou não, previamente conveniada, respeitando a disponibilidade desta e, ainda deverá definir o período e tempo em que o menor prestará serviços à comunidade e também designará os horários em que os serviços serão prestados.

Sendo assim, conclui-se que o caráter dessa medida é tão somente pedagógico, respeitando todos os limites que a própria personalidade do adolescente impõe, colocando-o em convívio com pessoas que necessitam de assistência e, fazendo com que o menor submetido a essa medida tenha consciência de que se deve preocupar com o próximo, criando-lhe um senso de responsabilidade.

Quando a medida for cumprida satisfatoriamente pelo adolescente, desde que não tenha cometido mais nenhum ato infracional, será declarada esgotada, mas caso não seja satisfatória o seu cumprimento, poderá o juiz substituí-la por uma outra medida, como a liberdade assistida.

Consoante a esse entendimento, Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano (1999, p. 52) dizem:

Uma vez cumprida a medida sócio-educativa satisfatoriamente, sem novos atos infracionais, será ela declarada esgotada. Caso contrário, e não havendo justificativa aceitável, inoperante, poderá a medida ser substituída por outra, como, por exemplo, a liberdade assistida, que elenca uma série de medidas de orientação e educação, devidamente supervisionadas.

Portanto, a prestação de serviços à comunidade é uma medida de alcance social, visando a reintegração do menor à sociedade e a criação de um senso de responsabilidade sem qualquer fim lucrativo por parte do menor, devendo, assim, prestá-lo de forma gratuita.

3.3.5 Liberdade assistida

A liberdade assistida é uma medida sócio-educativa prevista no artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém não é uma novidade no campo menorista, uma vez que o Código de Menores de 1979 já a previa em seu artigo 2º, incisos V e VI c.c. o art. 38.

Mesmo já sendo previsto no Código de Menores revogado, o ECA a modificou e é agora considerada uma medida que visa a ressocialização do adolescente, que impõe condições à sua conduta, estruturando sua vida familiar, escolar e profissional, enfim visa fiscalizar seu comportamento e direcioná-lo em todas as suas atividades, com prazo fixado, no mínimo, de seis meses, conforme

consta no § 2º do artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

(...)

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

É, sim, uma medida que acaba por impor restrições à liberdade do adolescente, posto que, em tudo que for praticar, há condições, devendo ser observadas.

No período de aplicação dessa medida, há o acompanhamento do menor por um orientador que é uma pessoa considerada capacitada para tal atributo e, pode ser uma pessoa recomendada por entidade ou programa de atendimento, pelo Conselho Tutelar ou, ainda, pela própria autoridade judiciária.

A autoridade judiciária dará total apoio ao orientador, conforme consta no artigo 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz incumbir ao orientador a realização dos encargos elencados nesse artigo, mas com o apoio e a supervisão da autoridade judiciária.

O orientador irá promover socialmente o adolescente e sua família e inserí-los, se houver necessidade, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social, irá também supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente, devendo, inclusive realizar a sua matrícula, profissionalização para prepará-lo ao mercado de trabalho e, ainda apresentar um relatório do caso ao juiz.

É, por fim, uma medida aplicada aos adolescentes reincidentes ou habituais não tão graves, que visa a ressocialização desses menores infratores, podendo, ainda, a qualquer tempo ser prorrogada, desde que justificadamente.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

A prorrogação da liberdade assistida é admissível, mesmo após o vencimento do prazo fixado para a sua vigência, desde que enseje causa justa. (TJSP – C. Esp. – AI 20.332-0 – Rel. Ney Almada – j. 20-10-94)

Por conseguinte, a liberdade assistida é considerada como uma medida eficaz, pois contribui para a ressocialização do menor, dando-lhe, também uma oportunidade de iniciar ou continuar um processo educativo, além de prepará-lo profissionalmente, com acompanhamento familiar.

3.3.6 Inserção em regime de semiliberdade

A medida sócio-educativa de inserção de regime de semiliberdade é aquela que restringe a liberdade pessoal do menor infrator, porém permitindo-lhe a prática de tarefas externas e, é justamente por isso que se diferencia da medida de internação que será abordada no próximo tópico.

A prática de tarefas externas é restrita aos períodos diurno e vespertino, havendo a obrigatoriedade do retorno do adolescente ao estabelecimento em que se encontra internado. O adolescente somente será submetido a essa medida tão somente se for impossível ou inviável o retorno ao convívio familiar.

O artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente é que disciplina tal medida, determinando:

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

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

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

Assim, a semiliberdade é uma medida que pode ser determinada desde o início ou como forma intermediária para a liberdade assistida, visando evitar, de imediato, a aplicação de uma medida mais severa, qual seja, a de internação, possibilitando, assim, um reinício ao convívio social do adolescente, educando-o e profissionalizando-o, de forma que seja orientado a todo momento e, ainda, propiciando-lhe o retorno ao convívio social, antes considerado impossível ou inviável.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

Menor – Medida sócioeducativa – Substituição – Semiliberdade por liberdade assistida – Inadmissibilidade – Admissão do constrangimento exercido sobre a vítima e subsequente coito anal – Confissão, ademais, que encontra respaldo na prova oral – Medida eleita que possibilita melhor controle sobre o desenvolvimento do adolescente – Recurso não provido. (Rel. Dirceu de Mello – Apelação Cível nº 16.315-0 – Barueri – 3-3-94.).

Conclui-se, portanto, que a semiliberdade é uma medida apropriada para ser aplicada quando o menor pratica uma infração grave em que não se necessita impor uma medida tão rígida qual seja a internação e nem abrandar demais a pena.

Essa medida sócio-educativa não possui prazo determinado, podendo, conforme o §2º do artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicar as disposições dos artigos 121, § 2º e 124 do mesmo diploma legal, que dispõe sobre a medida de internação quanto a aplicação do prazo.

Não se pode esquecer também, que há uma Resolução de nº 47, de 05 de dezembro de 1996, da CONANDA, que regulamenta a execução dessa medida de semiliberdade, dispondo em seus artigos 1º e 2º o seguinte:

Art. 1º O regime de semiliberdade, como medida sócio-educativa autônoma (art. 120 *caput*, início), deve ser executada de forma a ocupar o adolescente em atividades educativas, de profissionalização e de lazer, durante o período diurno, sob o rigoroso acompanhamento e controle de equipe multidisciplinar especializada, e encaminhado ao convívio familiar no período noturno, sempre que possível.

Art. 2º A convivência familiar e comunitária do adolescente sob o regime de semiliberdade deverá ser, igualmente, supervisionada pela mesma equipe multidisciplinar.

Parágrafo único. A equipe multidisciplinar especializada incumbida do atendimento ao adolescente, na execução da medida de que trata esse artigo, deverá encaminhar, semestralmente, relatório circunstanciado e propositivo ao Juiz da Infância e da Juventude competente.

Dessa forma, a semiliberdade é uma medida que será supervisionada por uma equipe multidisciplinar que irá acompanhar e supervisionar as atividades do menor nos períodos diurno e vespertino, com o fim de que este volte ao convívio familiar no período noturno quando possível e viável e que o ressocialize o mais rápido possível.

3.3.7 Medida de internação

A internação é uma medida prevista nos artigos 121 a 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esta medida sócio-educativa consiste na privação da liberdade do menor em uma entidade exclusiva para adolescentes, distinta daquela destinada a abrigo, devendo, ainda, obedecer a separação dos menores por idade, compleição e gravidade da infração (artigo 123, Estatuto da Criança e do Adolescente). Deve-se, também, haver atividades pedagógicas, devendo as unidades internar um número de adolescentes não superior a quarenta.

É essa medida considerada como a mais grave dentre as previstas para a aplicação ao menor infrator. E, é por isso que ela deve ser somente aplicada quando o adolescente seja autor de um ato infracional praticado com violência ou grave ameaça, devendo ainda considerar a sua personalidade e a reincidência.

Consoante a esse entendimento, Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano (1999, p. 58) dizem:

Assim, aplicável a medida de internação tratando-se de ato infracional praticado com violência ou grave ameaça, considerada ainda a personalidade do adolescente, sua desestruturação e os casos de reincidência, permitindo a medida sócio-educativa o controle mais rígido e a aplicação de recursos técnicos adequados, possibilitando-se ao adolescente, a realização de tarefas externas, salvo determinação judicial em contrário (artigo 121, parágrafo 1º).

Conforme o artigo 227, § 3º, inciso V da Constituição Federal, a internação se sujeita a três princípios: ao da brevidade, ao da excepcionalidade e ao do respeito à condição de pessoa em desenvolvimento.

Quanto ao princípio da brevidade, aborda-se a questão da medida ser tão somente para a necessidade de ressocialização do adolescente, ou seja, deve-se aplicar por um prazo que seja o mais breve possível, tão embora não esteja previsto o prazo mínimo no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A medida deve ser aplicada mediante uma reavaliação a cada seis meses, devendo a cada reavaliação haver uma decisão fundamentada da autoridade judiciária e, ainda, o máximo de permanência do menor na unidade de internação é de três anos, conforme dispõe o § 3º do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, há também a possibilidade de liberação compulsória no caso do

adolescente atingir os 21 anos (artigo 121, § 5º, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Portanto, a internação é uma medida que deve perdurar pelo menor prazo possível, por um prazo razoável, necessário para a readaptação do menor ao convívio familiar e social. Nesta esteira de entendimento que reside o princípio da brevidade.

O princípio da excepcionalidade diz respeito à aplicação dessa medida tão somente em casos excepcionais, naqueles casos em que não for suficiente a aplicação de outras medidas mais brandas, consideradas ineficazes para o caso.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

A internação somente deve ser admitida em casos excepcionais, quando baldados todos os esforços à reeducação do adolescente, mediante outras medidas sócioeducativas. (TJSP - C. Esp. – Ap. 22.716-0 – Rel. Yussef Cahali – j. 2-3-95).

O princípio da excepcionalidade é notado também quando é citado o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que é elencado nesse artigo as possíveis situações em que se pode aplicar a internação.

Há um rol taxativo, em que se pode tão somente recolher o menor em Unidades de Internação se se enquadrar em uma das situações previstas no referido artigo.

Além de se considerar os princípios da brevidade e da excepcionalidade, para a aplicação da internação, há que se respeitar também o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Esse preceito aborda a questão do que o artigo 227, § 3º da Constituição Federal consagra: na obrigação do Estado de zelar pela integridade física e mental dos internos, devendo adotar medidas que não causem abusos, vexames ou constrangimentos ao adolescente internado.

Tal dever é previsto também no artigo 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devido à grande importância do zelo que se deve ter em relação ao interno, sendo que se não observado esse princípio é possível que, por meio de uma Ação Civil Pública, Ação de Responsabilização Individual e Ação de Indenização, o menor seja indenizado por não ter tido o devido tratamento que a Constituição Federal garante-lhe, posto que necessita dos maiores e mais

variados cuidados porque sua personalidade está ainda em formação. E, um mau tratamento poderia levar a uma má estruturação do menor e, por conseguinte não haver a tão esperada ressocialização do menor, tornando ineficaz a medida sócioeducativa.

Há, ainda, como dito outrora, que se separar os adolescentes dos apenas abrigados. A razão para isso é para que se evite o que ocorre nas Cadeias Públicas e Presídios, que se chama *escola do crime* e, ainda para que se promova a ressocialização do interno.

A quantidade de internos não pode ser superior a quarenta nas unidades de internação. Isso porque há a Resolução de nº 46 de 29 de outubro de 1996 que assim dispõe em seus artigos 1º, 2º e 7º:

Art. 1º Nas unidades de internação será atendido um número de adolescente não superior a quarenta.

Art. 2º Em cada Estado da Federação haverá uma distribuição regionalizada das unidades de internação.

(...)

Art. 7º O descumprimento desta Resolução implicará o encaminhamento de representação ao Ministério Público para os procedimentos legais, além de outras sanções eventualmente cabíveis.

Quanto à duração da internação, deve-se respeitar o limite de três anos, sendo necessário observar o que prescreve o § 3º do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo assim, quando completados os três anos consecutivos de cumprimento da medida de internação, pouco importa se o menor praticou várias infrações ou se deveria permanecer por mais tempo, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou esse prazo como máximo e, portanto, não poderá a autoridade competente pelo seu recolhimento do menor na Unidade privá-lo de sua liberdade.

E, ainda, durante o período de internação, se o menor fugir, a autoridade judiciária promoverá a busca e apreensão deste, que será novamente internado quando da sua apreensão, levando-se em conta o prazo que já ficou internado.

Mas, no caso do menor fugir e cometer um novo ato infracional e haver uma nova aplicação de medida de internação iniciará novamente a contagem do prazo para a internação, não computando, conseqüentemente, o que já cumprira anteriormente.

Até o momento, tem-se estudado a internação definitiva, porém, há uma outra modalidade de internação, que é a internação provisória.

É provisória porque ocorre durante o trâmite do procedimento em que se apura a prática do ato infracional, devido o grau de periculosidade do menor e, o seu prazo não pode exceder a quarenta e cinco dias, em respeito ao artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo a decisão que a determinar ser fundamentada e ser baseada em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida. Deve, por isso, o juiz analisar a necessidade da manutenção do menor nessa medida rigorosa.

Quando o menor ficar provisoriamente internado por mais de quarenta e cinco dias, há dois posicionamentos:

a) Deve-se haver a liberação do menor por violar o artigo 183 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo – Habeas corpus 17.918-0/9 – Relator Lair Loureiro.

b) Não há necessidade da liberação se o menor representar risco à sociedade, ou seja, constata-se que há periculosidade do menor. Nesse sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo – Habeas corpus – Rel. Marino Falcão – Recurso do Tribunal de Justiça de São Paulo 133/259.

Quanto à possibilidade de internação do menor em Delegacia de Polícia, há discussão. Há aqueles que admitem a possibilidade de se internar um menor na Delegacia e há outros que não admitem.

Os que não admitem defendem que se deve encaminhar o menor a um estabelecimento adequado ao cumprimento da custódia, uma vez que há na lei a previsão de que se deve recolher o menor em local apropriado para tal finalidade sob pena de constrangimento ilegal.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

Menor – Medida socioeducativa – Internação provisória em cela da Delegacia da Polícia – Inadmissibilidade – Recomendação ao Magistrado para que se providencie a remoção do menor para estabelecimento adequado ao cumprimento da custódia – Segurança denegada. (Rel. Sabino Neto – *Habeas corpus* nº 17.919-0 – Cotia – 11-2-93).

Aqueles que dizem não haver qualquer constrangimento ilegal, afirmam que quando inexistir um local apropriado para a custódia do interno, pode-se

recolhê-lo em ala separada de cadeia ou presídio, deixando-o incomunicável com aqueles que sejam maiores de 18 anos.

Com esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso e Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiram:

Constrangimento ilegal – Ausência – Menor – Prática de latrocínio – (...) Inexistência de local apropriado à sua internação – Uso de repartição destinada a maiores de 18 anos, assegurada a incomunicabilidade – *Habeas corpus* denegado (...) RT 578/370.

Constrangimento ilegal – Menor – Internação – Infrator de alta periculosidade – Inexistência de local apropriado – Recolhimento em ala de presídio comum, assegurada a incomunicabilidade – Legalidade – *Habeas corpus* denegado (TJMG – Ement.), RT 607/353.

Após citar algumas situações que podem ocorrer, deve-se lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz um artigo tão somente para garantir os direitos do menor interno.

Esse artigo é o 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ele elenca alguns dos direitos do adolescente privado de liberdade, posto que assim dispõe: “São direitos do adolescente (...), **entre outros**, (...)”. (Grifo nosso)

Por conseguinte, observa-se que a Estatuto buscou, ao máximo, realizar, possibilitar o resgate social do menor interno que se encontra em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, necessitando, dessa maneira o máximo de cuidados para que se garanta um perfeito desenvolvimento físico, psicológico, cultural, etc.

3.3.7.1 Princípios inerentes à internação

Os princípios inerentes à internação como já foram abordados anteriormente, são:

- a) da brevidade;
- b) da excepcionalidade;
- c) do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

São princípios que a Magna Carta previu em seu artigo 227, § 3º, inciso V, para que fossem respeitados no momento em que fosse aplicada qualquer

medida privativa de liberdade do adolescente infrator, assim também o Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs no artigo 121, *caput*.

O princípio da brevidade impõe que se deve aplicar a medida de internação por um prazo breve, o suficiente para que o menor seja reincorporado à sociedade. Não pode ser por um prazo superior ao necessário para o cumprimento de sua finalidade; cabendo, ainda, lembrar que não pode exceder a três anos.

O princípio da excepcionalidade trata da questão de se aplicar a medida de internação tão somente para os casos em que se torne necessária a sua aplicação, ou seja, para os casos excepcionais.

A medida de internação só comporta os casos em que as outras medidas socioeducativas são consideradas ineficazes em virtude do grau de periculosidade do menor infrator, da natureza do ato infracional, da personalidade do menor, da reincidência, da prática do ato mediante grave ameaça ou violência ou do reiterado descumprimento injustificável da medida anteriormente imposta.

Já o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento diz respeito à preservação da integridade física e mental do menor interno, posto que a Constituição Federal, em seu artigo 227, § 3º, inciso V, prevê que o menor por estar em desenvolvimento necessita de todos os amparos possíveis, devendo respeitá-lo, a fim de que se torne um adulto saudável tanto física quanto mentalmente.

4 UNIDADES DE INTERNAÇÃO

4.1 FEBEM

As Unidades de Internação existem para que abriguem os menores infratores e, assim, possam, de alguma forma, reeducá-los e também promover atividades pedagógicas, conforme a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente prevêm.

Cada Unidade deve comportar, no máximo, quarenta internos, conforme a Resolução de nº 46 de 29 de outubro de 1996.

Porém, a realidade tem sido outra: cada Unidade possui muito mais internos do que o limite permitido, conforme será abordado nos próximos tópicos.

4.1.1 Origem

O Estado, com a nova forma de governo, a chamada República, passou a se preocupar mais com as crianças e adolescentes abandonados, sendo estes, na época, atendidos conforme dispunha o Código de Menores de 1927.

Em 1941, foi criado o Serviço de Assistência do Menor (Serviço de Assistência do Menor) através do Decreto-lei nº 3.799.

O Serviço de Assistência do Menor visava proteger os jovens abandonados, atendê-los e executar as medidas a eles aplicadas, sendo claro o artigo 2º do Decreto-lei ao dispor:

Art. 2º O S.A.M. terá por fim:

- a) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinqüentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares;
- b) proceder à investigação social e ao exame médico-psicopedagógico dos menores desvalidos e delinqüentes;
- c) abrigar os menores, á disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal;
- d) recolher os menores em estabelecimentos adequados, a fim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento;
- e) estudar as causas do abandono e da delinqüência infantil para a orientação dos poderes públicos;
- f) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

E, Wilson Donizete Liberati (2003, p.60) ao analisar o referido artigo, afirmou:

O SAM tinha como missão amparar, socialmente, os menores carentes, abandonados e infratores, centralizando a execução de uma política de atendimento, de caráter corretivo-repressivo-assistencial em todo o território nacional. Na verdade, o SAM foi criado, para cumprir as medidas aplicadas aos infratores pelo Juiz, tornando-se mais uma administradora de instituições do que, de fato, uma política de atendimento ao infrator.

Assim, o Serviço de Assistência do Menor tinha a finalidade de proteger o menor abandonado e o jovem infrator.

Porém, seu objetivo não fora alcançado, uma vez que suas instalações possuíam condições inadequadas para o recolhimento de menores em situação de risco.

Prova disso era o despreparo dos técnicos para o serviço de atendimento dos menores, no sentido de reeducá-los, fazer com que pudessem voltar à convivência familiar o mais breve possível, além da violência praticada contra os menores que lá se encontravam.

Nesse sentido, Cristiane Bossoni de Oliveira (2002, p. 39) diz:

As instalações eram inadequadas, amontoavam-se menores em condições indescritíveis, os técnicos eram despreparados, os dirigentes omissos, os espancamentos sofridos pelas crianças eram inúmeros, enfim, o descaso com o atendimento dessas crianças era tão generalizado que o SAM transformou-se em sinônimo de horror.

Assim, os menores estavam totalmente desestabilizados, não dando qualquer condição de haver uma verdadeira reintegração do jovem na sociedade; dessa forma, tinha uma possibilidade enorme deles continuarem a mercê do mundo da criminalidade, quando se tornassem adultos.

Como pondera Wilson Donizete Liberati (2003), o Serviço de Assistência do Menor funcionava como um sistema penitenciário, não fazia distinção entre os menores infratores e os carentes, buscando um único objetivo: o de protegê-los.

E, ainda, o Serviço de Assistência do Menor, durante a época em que funcionava, não correspondia a qualquer necessidade das crianças e dos adolescentes, deixando-os, assim, numa condição pior do que se encontrava,

aplicando-lhes uma pena que, na realidade, não poderia ser adotada, posto que se buscava a reintegração do menor, respeitando os seus interesses.

Em praticamente todos os casos, era aplicada a medida de internação, que atualmente é proibida se houver outra medida mais branda que se possa impor ao caso concreto.

Como conseqüência da debilidade apresentada, o Serviço de Assistência do Menor acabou por se definhar, sendo que na década de 60, não possuía mais condições de atender os menores em situação de risco, tornando-se um verdadeiro caos.

Diante do quadro apresentado pela instituição, em 1º de dezembro de 1964, foi editada a Lei nº 4513, pelo Governo Federal que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a chamada FUNABEM OU FNBEM, época em que vigorava o Código Mello de Mattos.

Tinha como objetivo principal a coordenação das entidades estaduais responsáveis pela proteção dos jovens brasileiros.

Evidente se faz esse objetivo ao se ler o artigo 5º da Lei nº 4513 de 1964, que assim dispõe:

Art 5º A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor tem como objetivo formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política.
Parágrafo único. As atribuições do atual Serviço de Assistência a menores passam à competência a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

Com a publicação dessa lei e sua determinação de implantar medidas para o bem-estar do menor a nível nacional, a Assembléia Legislativa de São Paulo criou a Lei Estadual nº 185, em dezembro de 1973, determinando a criação da Fundação Paulista de Promoção Social do Menor, o chamado PRÓ-MENOR.

Era uma instituição com o objetivo de promover estudos que levassem à resolução do problema do menor abandonado, capacitação dos técnicos que ficariam responsáveis pelos jovens recolhidos nessa Fundação, além de muitos outros atributos, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 185 de 1973:

Artigo 2º. À Fundação que se destinará a aplicar em todo o território do Estado, as diretrizes e normas da política nacional do bem - estar do menor em harmonia com a legislação federal compete:

- I – promover estudos, levantamentos e pesquisas que possibilitem a adequada programação das atividades que lhes são pertinentes;
- II – elaborar e executar programas de atendimento ao menor;
- III – desenvolver a capacitação do pessoal técnico e administrativo necessário à execução de seus objetivos, mediante treinamento e aperfeiçoamento;
- IV – manter intercâmbio com entidades que se dediquem a atividades afins;
- V – celebrar convênios e contratos com entidades públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras e internacionais, sempre que necessário ao integral cumprimento de sua finalidades;
- VI – opinar nos processos de concessão de auxílio ou de subvenções a entidades públicas ou privadas que se dediquem à solução do problema do menor;
- VII – participar de programas comunitários que visem à integração social do menor e da família;
- VIII – promover ou participar de cursos, seminários, congressos e outros certames, relacionados com seu campo de ação;
- IX – prestar assistência técnica a entidades públicas ou privadas que desenvolvam atividades da mesma natureza;
- X – cumprir as decisões dos juizes de menores;
- XI – motivar a comunidade no sentido de sua indispensável participação na solução do problema do menor;
- XII – exercer outras atividades consentâneas com seus objetivos.

A Fundação, portanto, poderia planejar as formas que seriam utilizadas para a administração, controle e ressocialização dos menores infratores.

Assim, ao contrário do que se estava ocorrendo com os menores quando da existência do Serviço de Assistência do Menor, o PRÓ-MENOR veio para mudar essa situação, visando entre as suas finalidades, a capacitação do pessoal da administração e do técnico responsável pelo asseguramento do bem-estar da criança e do adolescente.

No entanto, a nível federal, ante a desestrutura do Serviço de Assistência do Menor e, sua incapacidade de gerir os estabelecimentos na época em que funcionava, fez com que a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor tivesse problemas no momento em que delineou as diretrizes. Isso porque a instituição não pôde tornar realidade os seus planos, pois havia herdado todas as atribuições e estabelecimentos físicos da antiga administração competente.

Não havia nos Estados e Municípios estrutura suficiente para abrigar os menores infratores.

Em contrapartida, com a necessidade de se cumprir as determinações legais, a Assembléia Legislativa de São Paulo, em dezembro de 1976, aprovou a Lei Estadual nº 985, que alterou a denominação de PRÓ-MENOR para FEBEM-

SP (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor) e, alguns artigos da lei, quais sejam: artigos 7º, 8º, 12 e 14 da Lei nº 185 de 1973.

4.1.2 Objetivo

A FEBEM é uma instituição vinculada à Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social e, executa em todo Estado de São Paulo, programas de atendimento aos jovens em situação de risco pessoal e social e, também, aos adolescentes autores de ato infracional.

Os programas de atendimento visam a preservação dos direitos dos menores em situação de risco e educá-los para que possam conviver em harmonia com a sociedade e, assim possam praticar a cidadania.

Além desses objetivos, há também o objetivo de reintegração desse menor no ambiente familiar, posto que uma das principais finalidades da CF é a possibilidade do menor, considerado uma pessoa em peculiar desenvolvimento, conviver com a sua família para que possa ter estrutura suficiente para o seu desenvolvimento intelectual, físico e psíquico.

Ou, então, sendo impossível a reintegração do menor em sua família, colocá-lo em uma família substituta.

Portanto, o objetivo principal da FEBEM é a promoção de estudos e planejamento de soluções direcionadas ao atendimento de adolescentes, respeitando todas as normas e diretrizes trazidas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; cumprir as decisões da Vara da Infância e Juventude, elaborar, desenvolver e conduzir programas de atendimento integral, que incluem a profissionalização e a reintegração social do adolescente.

4.1.3 Funcionamento

A FEBEM é uma instituição que deveria comportar em cada Unidade, no máximo, quarenta internos, conforme determinação da Resolução nº 46 de 1996.

Mas, na realidade, não tem ocorrido conforme determina a Resolução e, assim, acabou-se por desrespeitar a CF e o ECA que determinam que a

internação deve ser realizada de forma a possibilitar a reintegração do menor no ambiente social.

Além disso, quando há internação, é necessário separar os adolescentes em local distinto daquele em que seria destinado a abrigo, a pessoas adultas e, ainda, haver uma separação rigorosa entre os internos por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, conforme disposto no artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, tem ocorrido um descaso do Estado, já que a finalidade maior da Fundação, que é a de reintegrar o menor na sociedade, acaba por não ser atingida em virtude do mau funcionamento das Unidades de Internação.

Prova disso é a da Unidade de Franco da Rocha, em que é uma Unidade de Acolhimento Provisório, que tem comportado muitos jovens: não só os internos provisórios, mas também os sentenciados.

Há que se dizer, ainda que essa Unidade comporta cerca de 490 internos, demonstrando evidente afronta à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que a Resolução nº 46 de 1996 impõe o limite de quarenta internos por Unidade.

Nesse sentido, Maria Luiza Marcílio (2006) diz:

Visitei, em 28 de junho pp. a unidade da Febem de Franco da Rocha, uma UAP (Unidade de Acolhimento Provisório), que deveria ser destinada aos jovens infratores que aguardam medida do juiz. Na realidade lá estão aprisionados além dos jovens que aguardam sentença do juiz, muitos já sentenciados, mas que chefiam rebeliões em outras unidades da Febem.

(...)

Compõem esse estabelecimento dois grandes pavilhões com capacidade total para 490 internos, o que está, pois em flagrante oposição à lei (o ECA) que recomenda o internamento em estabelecimentos de no máximo 40 lugares. Mais: o desrespeito à lei não se limita à capacidade dos prédios apenas. A construção expressamente realizada para abrigar menores em conflito com a lei, é de fato, uma grande prisão de segurança máxima, própria para adultos delinqüentes da mais alta periculosidade. Seus muros são altíssimos, de mais de 4 metros, sem janelas à altura da visão, apenas pequenas aberturas gradeadas no alto das paredes. Foram planejadas celas para dez pessoas, com beliches de cimento e altas grades de ferro como abertura constante, noite e dia, no frio ou calor, para o pátio. São seis celas por módulo e por pátio, para onde se abre ainda uma sala que serve de refeitório com mesas e bancos de cimento e uma abertura na parede, com grades, de onde são servidos os pratos de comida, na hora da refeição.

Da mesma forma que se encontra essa Unidade em situação inadequada para internar os menores infratores, há muitas outras no Estado de São Paulo nas mesmas condições ou até em condições piores a esta, haja vista que não se tem nem separado os delinqüentes mais perigosos daqueles de menor periculosidade e, assim, afrontando evidentemente aquilo que as normas constitucionais e infraconstitucionais buscam para a reintegração do menor na sociedade e também a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Portanto, há de se concluir que existe uma estimativa de que em todo o Estado de São Paulo possui aproximadamente 6.623 internos.

4.1.3.1 Maus tratos e torturas

Os maus tratos e as torturas nas FEBEMs são temas que, freqüentemente, ouve-se na televisão e se lê nos jornais.

No entanto, nem sempre foi assim. Na época da ditadura, havia também o descaso por parte dos governantes, mas tudo o que era denunciado, ficava só por ali mesmo, encobriam o caso.

Hoje, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que trouxe um rol de direitos e garantias fundamentais, estendendo-os às crianças e aos adolescentes também e, devido às Organizações Mundiais de Proteção do Menor, que fiscaliza o cumprimento do dever de zelar pelo bem-estar do menor, acabou por dificultar tal encobrimento, trazendo à tona todos esses casos que, quase diariamente são noticiados pelos veículos de comunicação.

Segundo Marcelo Buraco (2006), há, atualmente, cerca de 400 inquéritos na FEBEM, sendo que desses 400, 300 se relacionam a torturas e maus tratos.

Esse número é alarmante, pois estes são os casos investigados, mas há outros já apurados e outros, ainda, indevidamente encobertos.

Os maus tratos e as torturas presentes nas Unidades são de todos os tipos, às vezes são praticados de forma que ninguém imaginaria que alguém seria capaz de cometer tais atrocidades.

4.1.3.2 Rebeliões e mortes devido às más condições de sobrevivência

As rebeliões são atos freqüentes praticados pelos internos. Todas possuem uma causa.

Wilson Donizeti Liberati (2003, p. 117) salienta:

A falta de critérios para o desenvolvimento da medida sócio-educativa de internação deriva de reações plausivelmente esperadas, como aquelas exemplificadas pelas rebeliões na FEBEM, nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. As internações ali processadas, por mais bem aplicadas pelos magistrados, são cumpridas e executadas dentro de um modelo antigo, inadequado, impróprio, onde são desenvolvidos "programas" que não se preocupam com a integração do jovem em sua família e em sua comunidade.

Portanto, a escassez de critérios leva o interno a promover rebeliões para que se satisfaçam os seus direitos garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre os problemas de carência vividos pelos menores institucionalizados, há a questão das construções das Unidades, sendo relatadas por Maria Luiza Marcílio, que assim declara:

A construção expressamente realizada para abrigar menores em conflito com a lei, é de fato, uma grande prisão de segurança máxima, própria para adultos delinqüentes da mais alta periculosidade. Seus muros são altíssimos, de mais de 4 metros, sem janelas à altura da visão, apenas pequenas aberturas gradeadas no alto das paredes. Foram planejadas celas para dez pessoas, com beliches de cimento e altas grades de ferro como abertura constante, noite e dia, no frio ou calor, para o pátio. São seis celas por módulo e por pátio, para onde se abre ainda uma sala que serve de refeitório com mesas e bancos de cimento e uma abertura na parede, com grades, de onde são servidos os pratos de comida, na hora da refeição. Os 60 internos de cada módulo dispõem de uma saleta, voltada para o pátio igualmente, com uma televisão escrachada, com imagem deslocada, onde em pequenos grupos, e sentados no cimento do chão, sem poder se mexer e vigiados por três ou quatro monitores de pé, têm os poucos e curtos momentos de sua única "ocupação" ou "lazer", nas suas 24 horas de completo ócio.

Esse relato demonstra o total descaso do Estado no momento em que deveria ser cauteloso com os menores infratores, na circunstância em que deveria buscar formas para ajudá-los a mudarem suas posturas, e, por conseguinte, permitir que eles pudessem retornar ao convívio social o mais breve possível.

Não fossem somente as rebeliões, há, também, as mortes oriundas das revoltas em série.

São muitos os adolescentes que morrem nesses motins. Há uma estimativa mensal de 20 jovens mortos só na Capital de São Paulo.

Se for calcular com base nesse dado, seriam centenas de internos mortos mensalmente só no Estado de São Paulo. É um número assustador de mortos.

4.1.3.3 Possibilidade de reintegração social

A reintegração social sob o ponto de vista legal, é de extrema eficácia. No entanto, não poderia ser visto sob essa ótica, haja vista que as leis não são devidamente cumpridas.

As condições de sobrevivência do menor nas Unidades são mínimas, dão pouquíssimas condições de um jovem sair da Fundação totalmente recuperado e pronto para a sua reincorporação na sociedade.

A realidade mostra o inverso daquilo que deveria ocorrer. Os menores, constitucionalmente, são sujeitos de direitos e garantias, pessoas em peculiar desenvolvimento e, portanto necessitam de uma maior atenção para que possam ter um crescimento saudável em todos os aspectos.

María del Carmen Castrillón Valderrutén (2006) comenta:

A condição "universal" do indivíduo como sujeito de direitos não passa unicamente por uma eficácia jurídica. Dentro desse campo de conflitualidades, outras racionalidades ou habitus emergem no cerne da questão. Trata-se da "lógica da menoridade", que vincula discursos e práticas institucionais de compaixão e repressão, judicializando, criminalizando e individualizando as condições de exclusão social e pobreza estrutural desses adolescentes. Com essa lógica, a categoria "menor" permanece no substrato das classificações da infância e adolescência pobre e marginalizada.

(...)

Enquanto perdurar a "lógica da menoridade" nos discursos e práticas de atendimento para adolescentes e jovens em conflito com a lei, nenhuma forma de institucionalização respeitará o que está previsto no ECA, menos ainda tornará pensável uma utopia de desinstitucionalização.

Portanto, a reintegração social do menor é uma questão que continuará apenas no papel, nos Códigos, nas Leis e na Constituição Federal, porque a criança e o adolescente, apesar de serem sujeitos de direitos, continuam não

sendo levados a sério, têm sido tão somente objetos de desprezo social, impossibilitando, por conseguinte, uma eventual reintegração social.

5 A INEFICÁCIA DO INSTITUTO RESSOCIALIZADOR: FEBEM

A lei que instituiu a FEBEM teve por finalidade assegurar que o menor infrator pudesse retornar ao convívio social e, para que isso pudesse ocorrer, prepará-lo educacional e profissionalmente, no período em que se encontrasse internado.

Mas, conforme será tratado nos próximos tópicos, os adolescentes não têm visto essas garantias satisfeitas, pelo contrário, têm vivido num lugar que não dá o apoio necessário para a sua ressocialização.

5.1 A contradição entre o objetivo para o qual fora criado e o atual funcionamento das unidades de internação

A FEBEM foi criada em 1973 com o objetivo de reintegrar o menor ao convívio social, dando-lhe, no período em que estivesse internado, todo o amparo necessário para a sua formação educacional e profissional.

Mas, a reintegração do menor à sociedade tem parecido um pouco distante da realidade nas Unidades de Internação.

Primeiramente, no que se condiz à capacidade para comportar autores de atos infracionais que se restringe a 40 adolescentes por Unidade, conforme outrora esposado.

Logo, constata-se uma superlotação no instituto ressocializador.

Há, ainda, a problemática da escassa capacitação dos técnicos que são responsáveis pelos menores institucionalizados. E, também, não ocorre a reeducação e profissionalização dos jovens no período em que permanecem na Unidade. Isto é, não há durante o lapso temporal de internação a preparação do menor para que retorne ao convívio social e, portanto, há, em inúmeros casos, a impossibilidade de este sair de uma FEBEM e não praticar mais qualquer outro ato infracional.

É o que se relata nos dias atuais, como descreve um monitor da FEBEM (2006), que assim diz:

O nosso papel lá até então é de educador, se eles nos enquadrarem com estilete eu dou a chave e deixo ir embora. Esse é um conselho que

eu passo pra minha equipe de funcionários: não deixo ninguém ir pro confronto, não peite o estilete porque é bobeira.

(...)

Não há capacitação para o acompanhamento do menino em atividades externas nem nenhum tipo de treinamento em defesa pessoal.

Ante o depoimento acima exposto, percebe-se que os jovens são recolhidos em Fundações em que o pessoal da administração não tem qualquer capacidade de assumir o cargo que lhe incumbe. Existe um evidente descaso do Estado quanto à reeducação dos menores infratores, fazendo com que a sociedade seja prejudicada com tal desleixo.

Há, também, a problemática da separação dos menores nas Unidades por critério etário, conforme determina o artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, essa imposição legal não é respeitada, posto que as Instituições se encontram superlotadas e, assim, abrigam um número maior de internos do que o permitido em lei, tendo que dessa forma acomodar menores de idades diversas na mesma cela.

O desrespeito ao critério de separação dos menores quando da internação, não se restringe tão somente no que diz respeito à idade, mas também, à compleição física e à gravidade da infração.

A compleição física se relaciona ao aspecto físico do menor. Conseqüentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao exigir a separação por este critério, quis evitar que o convívio de adolescentes de maior debilidade física com os de menor debilidade.

Já a separação por gravidade do ato infracional visa o afastamento dos autores de infrações de maior e menor gravidade para que não haja influência daqueles sobre estes, dificultando, assim, a reeducação do interno e, evitar, por conseguinte, o surgimento da tão chamada **escola do crime**.

5.2 Soluções para uma possível eficácia das unidades de internação

Todas as soluções existem, porém, como já abordado alhures, as leis e resoluções que determinam o funcionamento das Unidades de Internação são freqüentemente desrespeitadas, fazendo com que o interno esteja cada vez mais envolvido no mundo da bandidagem.

As leis que pendem à defesa do menor se colocadas efetivamente em prática traria as soluções para os problemas da instabilidade social quanto a situação do menor infrator.

A separação por critério etário, por compleição física e principalmente por gravidade da infração traria muitos benefícios a toda a sociedade e até ao próprio interno. Sem se esquecer da necessidade de se preparar pessoas que se poderia chamá-las, realmente, de profissionais capazes de fazer com que todos os direitos e garantias dos menores fossem assegurados e, assim, permitisse a reintegração social do menor.

Observa-se, por conseguinte, que se necessita que o Estado cumpra o seu dever de intervir na sociedade quando da aplicação das medidas sócio-educativas a fim de se satisfazer todos os direitos reconhecidos pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e demais diplomas legais de defesa do menor.

Em complemento a esse entendimento, Wilson Donizeti Liberati (2003, p.118) diz:

Os mecanismos de intervenção estatal acima citados objetivam garantir: 1º) o pleno reconhecimento dos direitos individuais do infrator, consagrados na Constituição Federal de 1988 e destinados a todos os cidadãos; 2º) privilegiar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do infrator; 3º) não admitir outra forma de apuração do ato infracional, que não seja a do devido processo legal; 4º) instituir a obrigatoriedade da defesa técnica por profissional habilitado, o Advogado; 5º) o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; 6º) a igualdade na relação processual, podendo produzir qualquer tipo de prova; 7º) a assistência judiciária gratuita e integral; 8º) o direito de ser ouvido, pessoalmente, pela autoridade competente; e 9º) o direito de solicitar a presença dos pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Destarte, mister a intervenção do Estado na sociedade, a fim de que se cumpra a determinação da lei, no sentido de que se reconheça os menores como sujeitos de direitos e garantias, respeitando os princípios enunciados no ordenamento jurídico brasileiro, quando da aplicação das medidas sócio-educativas e, principalmente, quando for interná-lo verificar se a entidade ou o local onde for executar tal medida é apropriado para adolescente, distinto daquele que se destine ao abrigo e, assim, permitir que seja dado integralmente o amparo que é reclamado pelo menor institucionalizado.

6 CONCLUSÃO

O Estado tem demonstrado um enorme descaso em relação aos adolescentes internos, deixando-os a mercê do mundo da bandidagem, uma vez que abrem as suas portas quando deixam de preparar adequadamente o pessoal da administração das FEBEMs, quando desrespeitam o limite para a capacidade de internos e, quando praticam atos de violência contra os menores, entre outras situações já abordadas no presente trabalho.

Diante dessas situações vividas pelos internos, é incontestável que estes deixariam de corresponder às expectativas tão aguardadas tanto pela sociedade, quanto pelo que o legislador que editou as normas.

Nesse sentido, Marcelo Buraco (2005) diz:

A consequência disto é uma experiência na vida destes internos que traumatiza ainda mais seu estado psicológico e seu relacionamento social. O ódio e a malícia passam a ser bagagem na vida de quem passa por este tipo de situação que acaba dificultando seu reentrosamento com a vida social.

Assim, os adolescentes recolhidos nas Unidades de Internação, ao invés de serem reeducados, reintegrados ao convívio social, conforme veio propor a lei que instituiu a FEBEM, encontram-se compungidos por causa dos maus tratos, das torturas praticadas no interior das Fundações, dando ensejo, também, às rebeliões tão constantes nas atuais FEBEMs.

Dessa forma, as Instituições que visam a internação dos menores autores de atos infracionais, têm-se mostrado um tanto ineficaz na execução de suas finalidades.

Para isso, se faz necessário a intervenção estatal para que dê o apoio essencial para o devido cumprimento da legislação brasileira. Começando pela admissão de que o menor é detentor de direitos e garantias, reconhecendo-o, dessa maneira, como um sujeito de direitos, respeitá-lo, conforme ordenado pela Constituição Federal, levando sempre em consideração que o adolescente está num estágio especial de desenvolvimento físico, psíquico, social e intelectual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA REPORTER NACIONAL. **FEBEM, 30 ANOS – Relatos exibem o cotidiano do abuso e do descaso**. São Paulo, 30 abr. 2006. Disponível em: <http://www.reportersocial.com.br/noticias_print.asp?id=1175&ed=trabalho>. Acesso em: 15 jun. 2006.

ALBERGARIA, J. **Direito penitenciário e direito do menor**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 1999.

BARREIRA, W. **O direito do menor na nova constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

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

BURACO, M. **FEBEM: Resquício da Ditadura Militar**. São Paulo, 17 jun. 2005. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/diario/2005/0617/buraco_0617.asp?nome=Marcelo%20Buraco&cod=4568>. Acesso em: 05 abr. 2006.

CAVALCANTI, M. M. **Adolescente infrator**: um problema que atravessa a história. João Pessoa, n. 2, nov. 2000. Disponível em: <<http://www.Cchla.ufpb.br/caos/02-cavalcanti.html>>. Acesso em: 04 maio. 2006.

CÉLICO, Dyandra Lisita. A maioria penal e suas implicações. Jus Vigilantibus, Vitória, 4 mar. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/14101>. Acesso em: 7 ago. 2006.

COELHO, B. L. M. A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969. **Revista de informação legislativa**, Brasília, jul. 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf/pdf_139/r-07.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2003.

CONSELHO ESTADUAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Política de atendimento ao adolescente infrator**. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.rebidia.org.br/noticias/direito/cons_est.html>. Acesso em: 25 maio. 2006.

COORDENADORIA TÉCNICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO (CTMA). Departamento da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor. **Febem atende mais de 15 mil adolescentes em meio aberto**. São Paulo, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.febem.sp.gov.br/site/noticias.php?cod=96>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

CORRÊA JÚNIOR, L. C. A. **Direito do menor**: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069, de 13-07-1990), pátrio poder, adoção, guarda e tutela, ato infracional, prática, modelos, jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1991.

DICIONÁRIO HOUAISS [da] Editora Objetiva. Rio de Janeiro, 2001.

FEITOSA, H. M. **O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei N. 8.069/90 é uma lei aplicável do ponto de vista prático dentro do Estado brasileiro?**. Paraíba, ano 4, n. 28, ago. 1999. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/opiniaio/ecamota.html>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

GOMIDE, P. **Menor infrator**: a caminho de um novo tempo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

GRÜNSPUN, H. **Os direitos dos menores**. São Paulo: Almed, 1985.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LIBERATI, W. D. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena?. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MACHADO, F. **Manual do oficial de proteção da infância e da juventude**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MACHADO, M. T. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MARCHESAN, A. M. M. **O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa**. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id155.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2006.

MARCÍLIO, M. L. **Visita à FEBEM**: o “novo olhar”. São Paulo,

MAZZUOLI, V. O. **Coletânea de direito internacional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MILANO FILHO, N. D. **Da apuração de ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente**: teoria e peças práticas. São Paulo: Leud, 1999.

MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, J. F. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOITA, F. M. G. C. **Adolescente em conflito com a lei**: violência, punição ou educação?. Educação popular n. 6. Disponível em: <

<http://www.anped.org.br/25/posteres/filomenagon%E7alvesmoitap06.rtf>>. Acesso em: 07 maio. 2006.

MONACO, G. F. C. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 3.

NEGRÃO, W. W. M. A. **Sobre a redução da maioridade penal**. 2005. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

OLIVEIRA, C. B. **Natureza jurídica da medida sócio-educativa de internação**. 2003. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

OLIVEIRA, R. L. Q. **O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas**. Paraíba, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4584>>. Acesso em: 04 jun. 2006.

PAULA, P. A. G. **Direito da criança e adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, P. A. G. **Menores, direito e justiça**: apontamento para um novo direito das crianças e adolescentes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

PENTEADO, G. **Corte da OEA julgará acusação contra Febem**. São Paulo, 22 nov. 2005. Disponível em: <<http://ctv.incubadora.fapesp.br/portal/V.noticias/febem-folha-22-11>>. Acesso em 30 abr. 2006.

PEREIRA, T. S. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, T. S. (coord.) et al. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINHEIRO, F. C. T. **Menor infrator**: licença para matar II. São Paulo. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/jornaldecampos/475/flavio.htm>>. Acesso em: 07 maio. 2006.

SÃO PAULO. Lei nº 985, de 26 de abril de 1976. Altera a denominação da Fundação Paulista de Promoção Social do menor – PRÓ- MENOR e dispositivos da Lei nº 185, de 12 de dezembro de 1973, que autorizou a sua instituição e dá providências correlatas. Assembléia Legislativa, São Paulo, 26 abr.1976.

SARAIVA, J. B. C. **Medidas socioeducativas e o adolescente infrator**. Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id168.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

SPOSATI, A. **Crianças**. São Paulo, n. 37, fev. 1998. Disponível em: <http://www.fpabramo.org.br/td/td37/td37_sociedade.html>. Acesso em: 04 maio. 2006.

VALDERRUTÉN, M. C. C. Socióloga da UnB comenta os recentes acontecimentos na Febem de São Paulo e no Caje de Brasília. **Febem: reflexos da exclusão**. São Paulo, 11. maio. 2005. Disponível em: <<http://www.universiabrasil.net/materia/materia.jsp?id=7025>>. Acesso em 23 ago. 2006.

WIKIPÉDIA. **Fascismo**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fascista#A_Origem_e_a_Ideologia_do_Fascismo>. Acesso em: 07 set. 2006.