

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

JUIZ SUBSTITUTO

PRIMEIRA PROVA ESCRITA – QUESTÃO 3

Aplicação: 6/5/2016

PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

Alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, representam a superação da doutrina da situação irregular, consistente no tratamento dado aos menores de idade a partir de uma abordagem autônoma e, portanto, desvinculada de garantias do direito penal relacionadas ao contraditório, à ampla defesa e ao equilíbrio entre acusação e defesa. No âmbito da execução de sanções e programas específicos, tal doutrina caracterizava-se por uma intervenção correccional sem prazo determinado. Para Luigi Ferrajoli, o paradigma paternalista do direito de menores resultava de sua natureza informal e discricionária, sempre consignado a um suposto poder “bom” que invariavelmente atuaria no “interesse superior do menor”. Segundo João Batista Costa Saraiva, esse pressuposto foi desmentido pela realidade, transformando-se o sistema da doutrina da situação irregular na ausência absoluta de regras, o que possibilitou e legitimou abusos e arbitrariedades.

O art. 227 da CF, um dos pilares da constitucionalidade de um novo direito que implicava a deslegitimação do antigo direito de menores (presente na legislação anterior: o Código de Menores de 1979), estabelece o seguinte:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (“jovem” acrescentado pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010)

[...]

§ 3.º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;”

Além disso, estabelece-se no artigo 228 da CF que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Com o § 7º do artigo 227 se determina que as ações governamentais no atendimento dos direitos da criança e do adolescente serão realizadas e organizadas com base em duas diretrizes: (1ª) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e (2ª) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 227, § 7º, c.c. art. 204, incs. I e II).

Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que é lei de normas gerais, em cumprimento ao disposto no artigo 227, § 7º e no artigo 204 e inciso II, da Constituição Federal, estabelecer a forma da participação popular. Por isso, no Estatuto da Criança e do Adolescente, determina-se que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 86). Também se aponta como diretriz da política de atendimento a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, como órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurando a participação popular paritária por meio de organizações representativas, conforme especificado em leis federais, estaduais e municipais (art. 88 e inc. II). Necessário salientar que a representação paritária do Poder Público e da sociedade civil organizada possibilita legitimidade democrática às deliberações dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente. Por outro

lado, no artigo 131, e seguintes, do Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplina-se a criação do Conselho Tutelar, órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Até a promulgação da Constituição de 1988 e o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, as normas fundamentadas na doutrina da situação irregular tratavam crianças e adolescentes como objeto da atenção do Estado: lhes destinava a repressão policial, no caso de cometimento de crimes, e a filantropia, no de abandono ou maus tratos. A revogação do Código de Menores implica a adoção de paradigma novo, que necessita ser conhecido, estudado, efetivado. Há necessidade, inclusive, de adoção de linguagem adequada à pessoa criança e adolescente. Por isso, logo a sociedade civil organizada propôs que fosse abandonado o termo “menor” para se referir a crianças e adolescentes. Conforme registra o “glossário” da Agência de Notícias do Direito da Infância – Andi – “menor” é um termo de sentido vago, utilizado para definir a pessoa menor de idade. Historicamente, revestiu-se de um sentido pejorativo para designar crianças e adolescentes a partir de suas necessidades ou comportamento (menor infrator, menor carente, menor abandonado). Com o rompimento feito pela Constituição de 1988, o conceito tornou-se inapropriado e foi superado pela atual legislação nacional e internacional que garante direitos a crianças e adolescentes, com fundamento nos princípios do interesse superior e da proteção integral. O termo “menor”, isolado, sem referência a idade, não é encontrado, nem na Constituição, nem no Estatuto da Criança e do Adolescente. O termo remete à antiga doutrina da situação irregular que inspirou o Código de Menores. Por isso, e por ser discriminatório, pejorativo e dirigido apenas a crianças e adolescentes pobres, negros, em situação de rua, que cometem atos infracionais, foi banido do vocabulário de quem defende os direitos da infância e adolescência. Os termos adequados são criança, adolescente, menino, menina, jovem. Diversos meios de comunicação ainda insistem em utilizar o termo “menor” em textos e títulos, contribuindo para a perpetuação de um conceito preconceituoso e conservador. Muitas vezes o termo vem, ainda, acrescido de outros igualmente ofensivos à criança e ao adolescente, como carente, abandonado, delinquente, pivete. Assim como os meios de comunicação, profissionais do Direito e de outras áreas do conhecimento também insistem em utilizar o termo “menor”. Basta que se preste atenção nas peças lançadas em processos de família e criminais. Outros, esforçando-se para acertar, e sem a devida atenção para a História da construção do Direito da Criança e do Adolescente, criaram expressões para se referir ao adolescente a quem é atribuída a autoria de um ato infracional, terminologia utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Surgiram “adolescente infrator e adolescente em conflito com a lei”, por exemplo. Mas, assim como as anteriores, nenhuma dessas expressões é adequada. Seria de bom aviso ficarmos com as palavras previstas na legislação feita com cuidado e atenção. O adolescente, pessoa em desenvolvimento, possuidor de direitos que, eventualmente, comete um ato infracional, não é “menor”, não é “adolescente infrator”, não é “adolescente em conflito com a lei”. É adolescente a quem é atribuída a autoria de ato infracional e que, nessa condição, possui direito ao devido processo constitucional. Se vier a ser considerado autor do mencionado ato infracional e lhe for aplicada uma medida socioeducativa também há necessidade de dizer adequadamente: adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa de advertência, de obrigação de reparar o dano, de liberdade assistida, de prestação de serviços à comunidade, de inserção em regime de semiliberdade e de internação em estabelecimento educacional, conforme o caso. Nesse sentido, Wanderlino Nogueira Neto afirma que a categoria “adolescente infrator” não existe, fazendo menção à precisão do Estatuto da Criança e do Adolescente. Referir-se à criança como criança e ao adolescente como adolescente, assim como utilizar as palavras adequadas para se comunicar, não é preciosismo. É comprometimento. É garantia de direitos da pessoa. Em qualquer meio em que nos encontrarmos, se prestarmos atenção à linguagem utilizada, perceberemos se quem está falando conhece ou não o paradigma da proteção integral e as ideias que defende. Mas há muitos que ainda trabalham propositalmente com o paradigma menorista de antes da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal estão inseridos de forma resumida todos os direitos assegurados às crianças na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança promulgada em novembro de 1989, consubstanciadora do princípio jurídico do interesse superior da criança.

Conforme o ECA, somente os adolescentes, isto é, pessoas que já completaram doze anos de idade, podem ser responsabilizados pela prática de ato infracional. A separação entre crianças e adolescentes e a fixação da responsabilidade penal juvenil, iniciando-se aos doze anos no ordenamento jurídico brasileiro, favorecem a necessária distinção entre proteção e socioeducação. Assim, a prática de ato infracional entre doze e dezoito anos de idade sujeita o adolescente às normas da CF e do ECA.

As medidas de proteção reguladas pelo art. 98 do ECA também caracterizam o rompimento com a doutrina da situação irregular, ao estabelecer expressamente em que condições são exigíveis as medidas de proteção e apontar a responsabilidade da família, do poder público e da sociedade de modo geral; ou seja, as situações de risco pessoal ou social não recaem mais sobre crianças e adolescentes, mas incumbem aos familiares e às autoridades públicas a prestação de obrigações positivas que garantam seus direitos reconhecidos.

Na vigência do Código de Menores, de 1979, crianças e adolescentes eram tratados como objeto, prevalecia o binômio compaixão-repressão: o encarceramento como solução primordial não apenas para autores de ato infracional, mas inclusive para crianças e adolescentes maltratados, pobres e abandonados, que também eram considerados “em situação irregular”, verdadeira criminalização da pobreza; com a Constituição de 1988, crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, reconhecidos como pessoa em excepcional estágio de desenvolvimento, o que consubstancia a teoria da proteção integral, por alguns chamada de doutrina da proteção integral. Os direitos são assegurados mediante políticas públicas construídas com a colaboração da sociedade e não impostas unilateralmente pelos órgãos estatais.

Cumprido, agora, correlacionar as garantias expressamente asseguradas pela CF àquelas explicitadas no ECA.

A primeira correlação compreende a garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional (CF, art. 227, § 3.º, inc. IV, 1.ª parte), explicitada mediante determinação de formalização de procedimentos relativos à apreensão de adolescente, assim como à investigação de fato atribuído a adolescente, conforme disposto nos artigos de 171 a 179 do ECA.

Nos termos do disposto no artigo 180 do ECA, o Ministério Público pode promover o arquivamento, conceder remissão ou oferecer representação propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar mais adequada. Esse ato é o mais solene porque trata, efetivamente, da atribuição formal da responsabilidade e, por isso, deve obedecer rigorosamente aos preceitos legais (ECA, art. 182). O art. 184 prevê que o adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência.

Outra associação importante diz respeito à igualdade na relação processual e à defesa técnica por profissional habilitado (CF, art. 227, § 3.º, IV, 2.ª parte), explicitada mediante previsão de que o adolescente e seus pais ou responsáveis devem comparecer à audiência acompanhados de advogado (ECA, art. 184, parte final). Se o adolescente não possuir advogado constituído, deve ser nomeado defensor (ECA, art. 184, § 2.º). O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias, contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas (ECA, art. 184, § 3.º).

Também apresentam pertinência com essas previsões constitucionais as disposições do ECA relativas às garantias processuais:

“Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

“Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I – pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III – defesa técnica por advogado;

IV – assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI – direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.”

Por fim, destaca-se a obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade (CF, art. 227, § 3.º, inc. V), explicitada mediante a fixação de prazos curtos: acaso seja determinada a internação provisória do adolescente antes da sentença (ECA, art. 108: máximo de 45 dias); o prazo máximo é improrrogável para a conclusão do procedimento caso esteja o adolescente internado provisoriamente (ECA, art. 183: 45 dias).

O mesmo teor da CF foi reproduzido no artigo 121 do ECA. As disposições relativas à medida de internação em estabelecimento educacional são aplicáveis à medida de inserção em regime de semiliberdade, exatamente porque ambas são privativas da liberdade (ECA, art. 120, § 2.º). Assim, nenhuma dessas medidas comporta prazo determinado, conforme previsto no ECA:

“Art. 121. [...] § 1.º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

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

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

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

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

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

§ 7.º A determinação judicial mencionada no § 1.º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.”

Também são pertinentes as disposições dos artigos 122, 123, 124 e 125 do ECA, por dizerem respeito ao princípio da excepcionalidade na aplicação de qualquer medida restritiva de liberdade:

“Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

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

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

“§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

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

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

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

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

- I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;
- II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;
- III - avistar-se reservadamente com seu defensor;
- IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;
- V - ser tratado com respeito e dignidade;
- VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
- VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;
- VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;
- IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
- X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
- XI - receber escolarização e profissionalização;
- XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;
- XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
- XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
- XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

§ 1º Em nenhum caso haverá incomunicabilidade.

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

Art. 125. É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.”

Embora a menção aos direitos previstos no artigo 5º da CF seja pertinente, desborda do tema da questão, já que se pede para que se “explicita as garantias expressamente asseguradas pela CF ao adolescente autor de ato infracional”. A resposta, então, deveria se limitar ao disposto no artigo 227, § 3º, incs. IV e V e no artigo 228. A correlação desses dispositivos com o Estatuto da Criança e do Adolescente deveria, do mesmo modo, se limitar a esses aspectos, sendo irrelevante a menção a direitos assegurados a adultos. Também são irrelevantes considerações à Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que, entre outras disposições, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Karyna Batista Sposato. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

João Batista Costa Saraiva. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Luigi Ferrajoli. **Derechasy garantías: la ley del más débil**. 2.ª ed. Madrid: Trota, 2001.