

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

ESBOÇO DE UM ROTEIRO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

FLAVIO AMERICO FRASSETO¹

“Em muitos casos a imposição das medidas continua embasada nos princípios enviesados da ‘Doutrina da Situação Irregular’. Promotores, advogados, técnicos e juízes persistem no viés da ‘tutela’, da ‘proteção’, do ‘melhor interesse’, sem atentar para as novidades das garantias constitucionais e processuais. São ignorados os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da medida, bem como a desmistificação do ‘sistema protetivo’.” (Antonio Fernando do Amaral e Silva. *Des. Tribunal de Justiça de Santa Catarina*)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; 2.1 Uma releitura da infração; 2.2 A contínua mudança e a importância especial da liberdade; 2.3 Consequências práticas derivadas da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento – 3. A natureza da medida socioeducativa – 4. O sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema de Código Penal: 4.1 Semelhanças; 4.2 Diferenças; 4.2.1 Sistema do CP e o predomínio do fato; 4.2.2 O sistema do ECA e prioridade à pessoa – 5. O sistema de aplicação da medida socioeducativa: 5.1 Primeira etapa – exame de procedência: 5.1.1 Fatores implicados na qualificação da conduta como crime; 5.1.2 Fatores implicados na demonstração da autoria e materialidade do crime; 5.2 Segunda etapa – cominação, em concreto, das medidas disponíveis à aplicação: 5.2.1 Os parâmetros ditados pelo ECA; 5.2.2 Os parâmetros ditados pelo Código Penal; 5.2.3 Os parâmetros do ECA interpretados sob a ótica do Código Penal; 5.3 Terceira etapa – a individualização da medida para o caso concreto: 5.3.1 Primeiro princípio – a prevalência das questões subjetivas sobre as objetivas; 5.3.2 O princípio da excepcionalidade da medida de internação; 5.4 Exemplos de pontos a serem verificados na etapa de individualização da medida à luz de seus princípios informadores – 6. Conclusão.

Resumo: A aplicação das medidas socioeducativas é tarefa complexa e pouco sistematizada na lei e na doutrina. A definição de seus passos supõe prévia reflexão sobre a condição peculiar da pessoa adolescente e sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas, com seus pontos de aproximação e diferenciação em relação às

penas. Igualmente necessário, também, o aprofundamento do conteúdo e abrangência do princípio da excepcionalidade da medida de internação. Este texto pretende, a partir daí, reunindo e enfrentando temas polêmicos hoje dispersamente debatidos no cotidiano forense, apresentar um esboço de roteiro para guiar o operador do direito na definição do regime socioeducativo mais adequado ao adolescente infrator.

⁽¹⁾ Em colaboração com os Procuradores do Estado em exercício junto ao Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude de São Paulo.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente; Adolescente infrator; Ato infracional;

Medida socioeducativa; Internação; Princípio da excepcionalidade.

1. Introdução

A ausência de regramento legal mais específico – associada à escassez de estudos teóricos exaustivos – que defina com clareza o espaço de incidência da medida socioeducativa de internação (art. 121 e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), tem conduzido às mais discrepantes soluções na prática cotidiana da aplicação da norma ao caso concreto. Dirigida por parâmetros legais de acepção larga e conteúdo técnico pouco definido na doutrina, a imposição de medidas tem variado ao sabor da convicção pessoal de cada magistrado, sua peculiar leitura da lei e compreensão do tema, favorecendo a incômoda convivência de prestações jurisdicionais completamente distintas em face de situações de fato essencialmente assemelhadas.

A falta de critérios mais uniformes na aplicação das medidas, prejudica também o planejamento metódico da sua execução pelos órgãos responsáveis, implicando variações significativas na demanda de atendimento por conta do particular entendimento de cada magistrado incumbido de julgar os casos desta natureza. O resultado são unidades superlotadas² ou,

(2) Dados da assessoria de planejamento da Febem/SP dão conta de que o número de jovens inseridos em medida de internação cresceu de 2.148 em agosto de 1996 para 3.799 em ago. 1998, significando um aumento de 77% sem que se verificasse qualquer mudança tão drástica na quantidade de casos julgados, no perfil do jovem infrator e na natureza da infração. Ou seja, tamanha alteração do quadro, os dados revelam, são creditáveis sobretudo ao avanço da elegibilidade da internação sobre casos anteriormente contemplados com medidas em meio aberto (sobretudo para adolescentes autores de roubo – 55% do total – e primários).

em contrapartida, subaproveitadas, gerando, de um lado, prejuízo na atenção dispensada ao adolescente ou, de outro, desperdício de escassos recursos públicos com capacidade ociosa.

De todo desejável, portanto, uma reflexão sistemática para fixar balizas ao redor do subjetivismo que dirige a aplicação da medida. Somente a partir deste esforço será viável alcançar algum consenso intersubjetivo, iluminando com um pouco de objetividade e cientificidade o terreno obscuro da intuição e do senso comum no qual se assentam hoje em dia significativa parcela das sentenças nesta área.

Propõe-se, assim, que o procedimento de aplicação da medida siga mentalmente um caminho lógico determinado, no qual em cada etapa o magistrado verifique a presença de certos pressupostos à luz da disciplina jurídica adequada, chegando, afinal, na decisão mais justa e mais sintonizada com o espírito da lei.

Na construção desta proposta, como de resto em toda operação jurídica na área da infância e juventude, o olhar multidisciplinar mostra-se indispensável.

2. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O direito da infância e juventude define-se como ramo específico não pela característica comum das relações jurídicas tratadas, mas por conta da condição do sujeito nelas envolvidos. Assentando-se, pois, na especialidade da pessoa a justificativa para a existência de um regramento diferenciado, qualquer reflexão acerca deste sistema de normas supõe, como tarefa preliminar, compreensão sobre os traços peculiares deste sujeito.

Que é ser criança e ser adolescente? No que eles se diferem de mim, adulto que opero com as normas que lhes dizem respeito? A resposta a tais questões é pano de fundo que norteia – consciente-

mente ou não – a leitura que o profissional do direito faz dos fatos e da lei que os regula. Indispensável, assim, firmar um olhar científico acerca da criança e do adolescente, que ultrapasse o terreno vago e discricionário da opinião pessoal, para que subsista consistência e coerência no trabalho de operação com a lei.

Assim, até porque se trata da noção estruturante do sistema legal especial, a consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento é princípio que rege toda a interpretação do ECA (CF, art. 227, § 3.º, V, e ECA, art. 6.º) e, especificamente, a aplicação das medidas socioeducativas (art. 121 do ECA).

Considerar o adolescente como *pessoa em desenvolvimento* remete à idéia de que não se trata de ser humano completo. Seu comportamento, assim, traz inevitavelmente a marca da pessoa em formação, um fato inexorável da natureza, revestido da significação que lhe dá a cultura.

2.1 Uma releitura da infração

Eventual infração praticada por adolescente, assim, insere-se neste seu contexto pessoal de criatura em desenvolvimento, contexto que fornece ao ato ilícito indicador necessário de compreensão. Identificada a autoria de um delito, este delito, no mundo vivido, não subsiste separadamente de seu autor. A característica pessoal do infrator interfere necessariamente na representação social elaborada sobre o crime, sua dimensão e sua gravidade. Ação e agente fundem-se num amálgama indissociável, de modo a tornar reducionista qualquer leitura do fenômeno sob a ótica exclusiva ou prioritária da tipicidade ou do bem jurídico atingido.

Partindo-se, pois, da constatação de que são realidades sociais distintas as condutas criminosas praticadas por adolescentes e

por adultos foi que se decidiu erigir sistemas legais diferenciados de responsabilização para cada classe de pessoas. Embora, como se mostrará abaixo, ambos os sistemas tenham muito de comum, a constatação de que o ato praticado por adolescente insere-se num contexto subjetivo peculiar, faz com que a resposta estatal que lhe é dirigida se defina mais pelas condições pessoais do agente do que pelos contornos objetivos da infração.³

E, de fato, crime cometido na adolescência é substancialmente distinto de crime cometido na maturidade.

A adolescência demarca uma etapa da vida de início e término variável na qual se opera a transição da infância para o mundo adulto. Transformações biológicas e psicológicas velozes dão-se em meio a intensas demandas de ajustamento às expectativas sociais mais diversas, gerando inevitável tensão. A produção hormonal conduz ao crescimento acelerado do corpo e à maturação sexual, com notáveis repercussões psicológicas, inclusive na própria sensação de auto-consistência. Todas estas mudanças – e o mundo em geral – passam a ser percebidas de maneira distinta, dada a emergência do pensamento formal abstrato. A sexualidade, na fase genital, com redefinição de objetos do desejo, é fator de angústia e culpa. E é com esta configuração pessoal e por causa dela que o jovem tem de dar conta de uma série de exigências sociais como a integração grupal, o ajustamento heterossexual e a escolha profissional, imergindo no que se costuma chamar de *crise de identidade*.

De outro lado, a adolescência é marcada por um natural questionamento da autori-

⁽³⁾ Não custa lembrar a lição de Wilson Barreira: "Quando se vê diante de um adolescente infrator, o juiz não pergunta que crime ele cometeu, mas antes 'quem é este menor'?" (Apud CHAVES, Antônio, in *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : LTr, 1994, p. 474).

dade parental. Na infância, o indivíduo desenvolve-se tendo como referência de identificação os pais, dos quais depende integralmente. Todavia, o processo de construção de sua própria identidade vai implicar enfraquecimento e ruptura desta dependência estrita, com a focalização dos interesses cada vez mais para fora da família, num fenômeno que os psicanalistas chamam de polarização.⁴ Daí derivarão, quase inevitavelmente, experiências de conflitos com os pais, a atitude generalizada de contestação, tendência grupal e, possivelmente, o uso de drogas.

Dificuldades parentais no controle dos filhos e relações de antagonismo entre jovem e responsável, deste modo, são acontecimentos naturais nesta fase. Cada família tem seu modo peculiar de enfrentar o problema.

De outro lado, a atitude generalista de rebeldia, o hábito de questionar a ordem vigente, de sintonizar-se com estilos de vida alternativos, também não sugere qualquer “desvio” por parte do jovem. Diz Luis Carlos Osório que “sem rebeldia e sem contestação não há adolescência normal. Em todas as épocas e em todas as atitudes o adolescente sempre foi um contestador, um buscador de novas identidades, testando diferentes formas de relacionar-se e ensaiando novas posturas éticas. É preciso que se lembre que as grandes conquistas do espírito humano foram geralmente produto desta fase tão conturbada quanto criativa”.⁵

A influenciabilidade pelo grupo também revela-se traço comum a todo adolescente. A dependência dos pais vai ser canalizada para seu grupo de pares, como etapa de transição para a individualidade madura. Neste contexto, dependente do grupo, o jovem amiúde não tem liberda-

de e independência para opor-se a ações coletivas que nem sempre aprova intimamente. Acaba consentindo para não perder a aprovação alheia, algo que naquele momento mostra-se como condição de sobrevivência psíquica e afirmação no mundo.

A tendência à rebeldia, a necessidade de refúgio contra as tensões vividas, a influenciabilidade grupal e a submissão à moda, o gosto pela transgressão, a curiosidade por novas experiências, entre outras infinitas causas tornam também o adolescente susceptível ao uso de drogas. Apenas uma pequena porcentagem dos que experimentam desenvolvem hábitos de dependência. O contato com drogas lícitas ou ilícitas é dado que pouco informa sobre o jovem, importando mais o padrão em que se processa o consumo.

Bem se vê que os acontecimentos da adolescência desenharam um quadro propício à emergência de comportamentos transgressores. Osório, psicanalista renomado, explica melhor: “Entendemos a conduta impulsiva típica do adolescente como vinculada intrinsecamente às vicissitudes de sua crise de identidade. Como sabemos, o processo puberal provoca uma situação de caos intrapsíquico, transitório e reversível, mas que marca indelevelmente o comportamento do indivíduo nesta fase do desenvolvimento. De um lado o pressionam as pulsões instintivas exacerbadas e, de outro lado, as exigências familiares quanto a um novo e desconhecido posicionamento social, sem que ele conte ainda com um equipamento cognoscitivo e um patrimônio afetivo capaz de ajudá-lo a absorver efetivamente essa dupla tempestade endo e exopsíquica que o atormenta. O adolescente, então atua. E, atuando, delinqüe”.⁶

A prática de atos ilícitos é tão comum na adolescência que muitos estudiosos inscrevem na sintomatologia normal da adolescência uma “atitude social reivindi-

(4) BECKER, Daniel. *O que é adolescência*. São Paulo : Brasiliense, 1986, p. 38.

(5) In *Adolescente hoje*. Porto Alegre : Artes Médicas, 1992, p. 56.

(6) Op. cit., p. 47.

catória, com tendências anti ou associadas de diversa intensidade".⁷ De fato, como ensinam Wicks Nelson e Israel, "os estudos baseados em declarações prestadas pelos próprios jovens mostram que de até 80 a 90 por cento de crianças e adolescentes informam terem se implicado em atividades delitivas antes de alcançar os 18 anos de idade".⁸

Sendo, de fato, algo explicável num contexto de desenvolvimento pessoal, o ato delituoso praticado por adolescente deve ser visto obrigatoriamente com outros olhos. A verdade é uma só: um ato criminoso praticado por um adolescente, dada sua grande incidência nesta etapa da vida, traz pouco ou nenhum valor patognomônico. Veja-se: "uma ou outra violação faz parte universal da vida humana, conforme nossas experiências diárias tantas vezes têm comprovado" (...) "Uma transgressão, portanto, não faz, necessariamente um delinquente. Há indicações de que, para muitos jovens, o período de desvio é temporário e não justifica presságios pessimistas sobre o futuro ajustamento dos mesmos".⁹

"Os profissionais não costumam levar em consideração tal comportamento (delitivo) como indicação de dificuldades psicológicas e sociais persistentes, sendo provavelmente consideradas como dentro de um tipo normal de experiências adolescentes. O comportamento delitivo que causa preocupação é o persistente e o crônico. Com efeito, têm-se visto que aproximadamente a metade dos delinquentes, oficialmente considerados como tais, infringem uma vez somente a lei".¹⁰

Tem-se claro, portanto, que uma parcela significativa de transgressões praticadas por jovens é decorrente de sua própria idade e creditável a motivos estreitamente vinculados com a fase da vida que atravessam. Sumamente equivocado, como se faz no dia a dia forense, supor, da prática de um único ato infracional, um sintoma de "fraqueza moral" ou de "falta de limites" por parte do adolescente. Tirar de um único episódio ilícito a existência de "índole infracional latente" ou de fracasso familiar na educação, assim como outras conclusões definitivas é, no mínimo, precipitado.

Olhar para o adolescente reconhecendo sua diferença implica, portanto, redimensionar o significado de seus atos, entendendo melhor a realidade para nela intervir eficazmente. Compreender a adolescência, acontecimento inscrito na história pessoal de cada um é também um convite para um auto-exame. A releitura da própria experiência passada é o único meio de evitar as projeções e fantasias pessoais que o adolescente mobiliza no adulto.¹¹ E inibir estes processos, tratando o outro como ele mesmo, é precondição para um bom exercício profissional na tarefa de distribuição da Justiça.

2.2 A contínua mudança e a importância especial da liberdade

Além de impor mudança no enfoque sobre a conduta infracional, considerar o adolescente como pessoa em desenvolvimento tem mais duas outras consequências que interessa mencionar.

(7) Aberastury e Knobel, in *Adolescência normal*. Porto Alegre : Artes Médicas, 1992, p. 29.

(8) *Psicopatologia del niño y del adolescente*. Madri : Prentice Hall, 1997, p. 196.

(9) PFROMM NETTO, Samuel, in *Psicologia da adolescência*. São Paulo : Pioneira, 1971, p. 293-304.

(10) WICKS, Nelson e Israel. Op. cit, p. 196.

(11) Aberastury e Knobel lembram que "o mundo dos adultos, como os pais, não aceita as flutuações imprevistas do adolescente sem comover-se, já que reedita nos adultos ansiedades básicas que tinham sido controladas até certo ponto". Mais adiante, concluem: "o adolescente apresenta uma vulnerabilidade especial para assimilar os impactos projetivos de pais, irmãos amigos e de toda a sociedade" (op. cit., p. 10-11).

Primeiro, mais se pode esquecer que ele está em meio a um processo de contínua transformação. Como define rumos, assenta valores, constrói sua identidade e sua autonomia, tudo nele é de certo modo provisório e sujeito a modificações. Acontecimentos significativos, perdas, experiências traumáticas podem definir, de uma hora para outra, mudanças profundas no modo de ver o mundo e lidar com ele. Novos recursos cognitivos permitem que, da reflexão, se rearticulem padrões de comportamento. Em suma, o operador do direito deve trabalhar com a idéia de que o jovem, pessoa em transformação, é capaz de modificar-se. Modifica-se, em verdade, sempre, porque sua natureza é dinâmica. Encontra-se em contínuo aprendizado do mundo e da vida. E o tempo da mudança é psicológico, individual, incapaz de ser padronizado ou previsto em termos cronológicos.

Depois, sendo pessoa em formação, através dos vínculos de identificação que forma com pessoas significativas é que o jovem vai construindo sua identidade. No convívio com os demais, na vivência das relações, no treinamento de sociabilidade que o dia a dia impõe é que vão se dando as experiências de vida que, acumuladas, vão delineando o ajustamento a ser alcançado na maturidade. O núcleo familiar, não obstante os conflitos, ainda é o ponto de apoio consistente onde se gerenciarão os momentos de crise e onde se vai buscar acolhida a demandas infantis reeditadas por mecanismos de regressão. Deste modo, privar o adolescente do convívio social e familiar é subtrair-lhe as condições necessárias a um sadio desenvolvimento. Os danos serão certos e irreversíveis. De outro lado, recolhendo-se o jovem em instituições que agregam infratores, sua demanda de aprovação no grupo e a tendência a identificar-se com as lideranças, propiciará, com alto risco, a construção de uma identidade marginal. Daí porque, entre outros motivos, a condição peculiar de pessoa em desen-

volvimento informa e explica os princípios da excepcionalidade e brevidade da medida de internação.

2.3 *Consequências práticas derivadas da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*

I – Cientes de que a prática infracional no mais das vezes é consequência do processo de desenvolvimento, os operadores do direito devem dirigir aos jovens infratores um olhar mais compreensivo, acautelando-se contra um viés moralizante.

II – Sendo a maioria das infrações, em geral, acontecimento isolado, ou no máximo referido a uma fase transitória da vida do adolescente, deve-se presumir que os jovens primários, sempre, têm menos chance de reincidir do que o contrário.

III – Sem rapidez não se aplica nem se executa medida socioeducativa. O correr do tempo – face à contínua transformação experimentada pelo adolescente – altera a realidade subjetiva e objetiva presente no dia do ato infracional, tornando inadequada a aplicação de medida, hoje, por conta daquele ato naquela situação pretérita.¹²

IV – Cuidando de adolescente, ação grupal pouco revela sobre sua pessoa. No caso de infração de autoria coletiva, sua leitura através da regra penal do concurso de agentes (que pressupõe independência e liberdade plena de decisão) revela-se instrumento totalmente inadequado de delimitação da culpa.¹³

(12) Ver, a propósito, n. 4.2 *infra*.

(13) “Se existe no grupo um membro anti-social, ou dois, ou três, dispostos a levar a cabo o ato anti-social que produz reação social, ele outorga unidade a todos os demais, os faz sentirem-se reais, logrando, temporariamente, estruturar o grupo. Cada um dos membros será leal e oferecerá seu apoio ao que atue em nome do grupo, se bem que tomados isoladamente nenhum deles teria aprovado o ato cometido pelo membro anti-

3. A natureza da medida socioeducativa

Vencida a reflexão preliminar sobre a especial condição do adolescente, é momento de investigar a natureza da resposta estatal lançada quando ele transgredir a lei penal. Esta investigação passa, necessariamente, pelo questionamento da finalidade, latente e manifesta, da medida socioeducativa, quais os fundamentos que legitimam sua imposição e qual formato que ela assume a fim de cumprir seus objetivos.

A leitura usual que se faz é a de que o adolescente infrator não recebe punição. Ele, segundo dispositivo constitucional (art. 228) e legal (art. 27 do CP e 104 do ECA) é penalmente inimputável, estando excluído do âmbito de incidência do direito criminal, exceto enquanto vítima. Segundo a tradição moral clássica, refinada pela doutrina penal, a responsabilização pela violação de uma norma pressupõe, no violador, um substrato biopsíquico razoavelmente desenvolvido que lhe dê maturidade espiritual suficiente para compreender a ilicitude de seu ato e inibi-lo. Tratando-se o adolescente de pessoa ainda não amadurecida, não pode ser, assim, objeto de sanção. Destituída de qualquer caráter punitivo pelo próprio ordenamento jurídico, a medida socioeducativa assumiria, então, natureza *tutelar*, de proteção do jovem, fixada em favor de sua educação e socialização.¹⁴

social" (SOUZA CAMPOS, Dinah Martins de. *Psicologia da adolescência*. 15. ed. Petrópolis : Vozes, 1996, p. 113).

⁽¹⁴⁾ Esta é a orientação predominante em nossos Tribunais. Há infinitos julgados que a reafirmam. Apenas para ilustrar, confira-se: "Mas, mesmo a imposição de internação, no caso, não deve levar à equivocada ilação de que, neste caso, há punição, porque a diferença entre estas medidas, previstas em ambos os diplomas, como bem acentua o venerando aresto citado, decorre do disposto no art. 228 da Constituição da República,

Tal entendimento, malgrado sua disseminação maciça pela doutrina, jurisprudência e senso comum, não parece ser o mais adequado. Ainda porque induz a conclusões equivocadas, que laboram em desprestígio da própria sistemática do Estatuto, cuja defesa é o objetivo deste texto. Uma delas – de que se valem as propostas de rebaixamento da maioridade penal – é a de que o adolescente, excluído da punição, não se vê intimidado, pela ordem jurídica, a não transgredir ou reincidir. Outra conclusão equivocada é que, tendo somente um escopo educativo, a medida de internação, ou mesmo qualquer outra medida socioeducativa, pode ser aplicada não apenas quando possível, mas sempre que necessária, porquanto a bem do "menor" e no seu exclusivo interesse.¹⁵

que enfaticamente prescreve que 'são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial'. Assim, mesmo quando determinada a internação, ao contrário do alegado, o fim visado não é punir, mas por meio da medida mais rigorosa porque as demais não são adequadas ou se mostraram ineficazes – reeducar e ensinar o adolescente a interagir com observância dos princípios e regras considerados imprescindíveis à vida em sociedade" (in *JTJ-Lex* 197-211).

⁽¹⁵⁾ De fato, impressiona a distorção que ideologia tutelar ainda provoca em ilustres aplicadores do ECA, gerando decisões que reprimam a famigerada doutrina da situação irregular. Confira-se: "A adolescente está em lugar incerto e consta que não possui amparo familiar; vive abandonada nas ruas pedindo esmolas e praticando pequenas infrações. Por estas razões nem se cogita em permitir que permaneça nas ruas *simplesmente porque a lei não prevê expressamente a hipótese*, pois a condição da menor é incompatível com tal solução" (AgIn 40.475.0/0. Rel. Silva Leme – grifo nosso). Mais esta: "a aplicação da internação não teve como escopo piorar a situação do menor. Buscou-se apenas uma melhor maneira de proteger o adolescente que se encontra em manifesto estado de desorientação" (AgIn 35.086.0/2 – TJSP).

Em verdade, não nos parece apropriada a divisão conceitual entre respostas estatais *punitivas* de um lado e *educativas*, de outro, quando se depara com a violação da norma penal. A função da pena não é retributiva, reparatória ou expiatória. Não é compensar o mal. Ela não é castigo nem vingança. Se é expressão do poder estatal, não pode ter por fundamento um estado passional, o desejo de impor sofrimento àquele que faz sofrer. Desde o Iluminismo, não se concebe regule o Estado suas ações senão pela racionalidade. Se cabe ao aparato oficial aplicar e executar a pena, ela deve ter uma razão prática e útil. A pena, pois, assume precipuamente um *papel de defesa social* fundado na idéia de que “a sociedade somente é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora)”. Infere-se, portanto, que a função da pena é reintegrar o condenado à sociedade, vale dizer, ressocializá-lo.¹⁶ A fim de alcançar tal objetivo é necessário educá-lo ou reeducá-lo.¹⁷ Como se trata de um programa reeducativo coercitivo, não deixa de ser aflitivo (impõe-se ainda que contra a vontade do apenado), atraindo a pena, assim, também um efeito de prevenção geral: a sanção é gravosa, e por assim ser, desestimula a transgressão.

De outro lado, não é porque a violação de norma penal foi praticada por adolescente que o organismo social pode pres-

cindir de coibi-la. A necessidade de segurança é vital, de forma que a prática de ato equiparado a crime faz nascer uma pretensão estatal de defesa social. A medida socioeducativa, enquanto resposta imediata à ação ilícita, vai cumprir este papel, impondo-se coercitivamente ao transgressor como instrumento para sua socialização ajustada. A inimputabilidade do adolescente simplesmente o exclui da resposta prevista no Código Penal, mas não o torna isento de qualquer responsabilidade, a qual se definirá segundo os critérios da lei especial, o ECA. Impondo-se coercitivamente ao cidadão, enquanto expressão do poder estatal – interferindo em sua esfera de liberdade individual – a medida socioeducativa também terá um impacto aflitivo que funcionará na prevenção geral.

Posta nestes termos a questão, exsurge como falsa a dicotomia entre pena e medida socioeducativa. Ambas objetivam a defesa da sociedade através da educação e da ressocialização do infrator. Ambas constituem respostas legais e oficiais a um comportamento individual indesejado, tipificado como crime. Ambas visam a refrear a reincidência, submetendo o transgressor a um programa coercitivo de aprendizado,¹⁸ o qual funciona como resposta punitiva, no sentido behaviorista do termo.¹⁹ Ambas atuam, assim, na preven-

(16) MIRABETE, Julio Fabbrini. In: *Execução penal*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1987, p. 39. O autor traça um panorama das teorias acerca da finalidade da pena, referindo-se, no trecho transcrito, à teoria do neodefensismo social de Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel. O art. 1.º da Lei de Execução Penal fixa como objetivo da pena “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

(17) É claro que o Estado tem um limite para intervir na educação e reeducação do infrator. A educação não se impõe (em desrespeito à autonomia individual), se propõe.

(18) Atente-se que coercitivo é o *programa* e não a *aprendizagem*.

(19) Punição e educação não são conceitos que se excluem. Afora o significado jurídico, o termo *punição* tem um sentido técnico preciso em psicologia comportamental. Trata-se de um “processo de aprendizagem no qual um operante específico é acompanhado por uma consequência que reduz sua frequência em situações semelhantes. A consequência enfraquecedora é também conhecida como punição” (DAVIDOFF, Linda. *Introdução à psicologia*. São Paulo : McGraw-Hill, 1983, p. 189). A punição pode ser positiva ou negativa conforme apresente evento aversivo ou suprima (ou

ção geral, desestimulando as condutas que eliciam tais respostas punitivas do Estado.

Neste passo, viável afirmar-se que a pena é socioeducativa e que a medida socioeducativa é punitiva. Seus objetivos são os mesmos: defender a sociedade das condutas criminosas através da prevenção geral e da educação e ressocialização do infrator.

Tal entendimento vem partilhado por alguns dos mais eminentes comentadores do ECA. O eminente Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, julgando a Apelação Criminal 97.009 613-5 do TJSC consignou que: “O art. 228 da Constituição, ao conferir *inimputabilidade penal* até os 18 anos, ressalvou sujeição *às normas da legislação especial*. Essas, por sua vez, estabeleceram, como dito, a chamada responsabilidade penal juvenil. (...) Aos adolescentes (12 a 18 anos) não se pode imputar (*atribuir*) responsabilidade frente à legislação penal comum. Todavia, podendo-se lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, respondem se submetendo a medidas socioeducativas de inescandível caráter penal especial”. (...) “Embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os apelantes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente e, por isso, respondem *penalmente*, face o nítido caráter retributivo e

socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, de boa política criminal, em que respostas justas e adequadas servem como elemento indispensável a prevenção e repressão da delinquência juvenil”.

Antonio Carlos Gomes da Costa, eminente estudioso do ECA, diz textualmente que: “O Estatuto *responsabiliza penalmente* o adolescente autor de ato infracional. Pelo novo direito, o adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos) a quem se impute a autoria de ato infracional deve ser processado e, se considerado responsável, ser-lhe-á aplicada a medida socioeducativa que melhor corresponda à natureza e gravidade do ato praticado (...). A natureza das medidas aplicáveis aos adolescentes responsabilizados penalmente pela autoria de ato infracional, desmente, fragorosamente, qualquer acusação de benevolência e paternalismo. Ao contrário, trata-se de uma pedagogia baseada – antes de mais nada – na severidade e na justiça. (Texto vencedor do Grande Prêmio Ayrton Senna de Jornalismo, cuja íntegra se encontra no website <http://www.ias.com.br/htmls>).

Confira-se a opinião de Paulo Afonso Garrido de Paula: “A questão da irresponsabilidade penal tem sido (algumas vezes por má-fé de certas autoridades) confundida com irresponsabilidade do adolescente diante de atos infracionais. Tanto crianças quanto adolescentes são responsáveis do ponto de vista legal e respondem por seus atos infracionais nos termos do ECA a saber: – Para crianças, pelas medidas do art. 101 do ECA. – Para adolescentes, pelas medidas do art. 112 do ECA. Impunidade é diferente de inimputabilidade. Irresponsabilidade penal não significa inimputabilidade. As pessoas têm direito à segurança pessoal e a justiça deve encontrar respostas para a questão da punição ao adolescente infra-

adie) evento reforçador *imediatamente* após o comportamento operante indesejado. Embora na técnica behaviorista os estudos demonstrem grande eficácia da punição como modeladora do comportamento, prossegue Davidoff, “os psicólogos relutam em advogar o uso de punidores por causa de seus efeitos colaterais devastadores. Geralmente, os cientistas do comportamento insistem com os professores de crianças (inclusive os pais) para que tentem outros modos de eliminar maus hábitos e estabelecer bons” (p. 192). A punição, pois, é um instrumento – embora pouco recomendável – para a educação.

tor. (...) O ato infracional traz em si o que se denomina em criminologia de desvalor social (por colocar em risco pessoas e comunidade). (...) Assim como surge para o Estado com relação ao crime do adulto a pretensão punitiva, surge quanto ao ato infracional do adolescente duas pretensões: pretensão educativa e pretensão de defesa social.” (Relatório Seminário Estadual – Política de Atendimento ao Adolescente Infrator – CEDCA/MG in <http://www.rebidia.org.-br/frdirei.html>).

Por fim, ouça-se a lição da maior autoridade latino-americana sobre o assunto, Emilio Garcia Mendez: “Os instrumentos que conformam a doutrina da proteção integral, e particularmente a Convenção Internacional, possuem todos aqueles elementos (de política jurídica) necessários para construir um sistema de *responsabilidade penal juvenil* (SRPJ), que permita superar os gravíssimos erros e limitações que pressupõem as visões retribucionistas hipócritas e o paternalismo ingênuo (...). Os menores de 18 anos (e maiores de 12) são inimputáveis penalmente, sendo, no entanto, *penalmente responsáveis*” (Adolescentes em conflito com a lei penal. Segurança Cidadã e Direitos Fundamentais, in *O ato infracional e as medidas socioeducativas*, publicação do Conanda sobre Assembléia realizada em Brasília em 2 e 3 de setembro de 1996).²⁰

O ECA, pois, na opinião de seus redatores, de fato consagra um sistema de responsabilização penal do adolescente. Todavia, embora de fato se aproximem o sistema do ECA e o sistema do CP, ambos guardam características peculiares que

os distinguem essencialmente. Fala-se hoje em um Direito Infracional como possível ramo autônomo, cujo objeto seria a chamada responsabilidade infracional ou responsabilidade penal juvenil.

4. O sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema do Código Penal

4.1 Semelhanças

Partilhando o CP e o ECA (a parte atinente a ato infracional) o mesmo objetivo de garantir a paz social através da educação do infrator, impondo-lhe *coercitivamente* um programa de ressocialização, define-se que a medida socioeducativa é primordialmente um ato de ingerência estatal na esfera de autonomia do indivíduo. É a vontade estatal que se sobrepõe à vontade do cidadão, tolhendo-lhe o pleno exercício de seus direitos fundamentais naturais, obrigando-o a submeter-se a um determinado regime sem se importar com a sua anuência.

Mantendo a medida socioeducativa este caráter imperativo, uma indiscutível expressão de poder Estatal justificada precipuamente pelo interesse de defesa social, sua aplicação pressupõe seja protegido o cidadão contra abusos. Historicamente, os ideais do Iluminismo, as primeiras Declarações de Direitos e a própria noção de Estado de Direito surgiram como reação do indivíduo ao poder ilimitado do soberano ingerir em sua vida por conta de interesses supostamente mais relevantes. Assim, a história do Direito Penal é um pouco a história dos mecanismos jurídicos construídos para controlar este poder punitivo estatal. Daí porque o “Direito Infracional” incorpora em si toda a *técnica de proteção do cidadão* construída pela ciência penal ao longo de sua história e positivada nas leis penais e processuais penais em vigor.

⁽²⁰⁾ Ainda no mesmo sentido COSTA SA-RAIVA, João Batista. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal, texto publicado in *FONACRIAD e VOLPI*, Mário. (Org.) *Adolescentes privados de liberdade*. São Paulo : Cortez, 1997, p. 157.

Esta característica do sistema do ECA, como já se argumentou, encontra respaldo evidente na consideração da condição especial do adolescente como pessoa em desenvolvimento, condição que implica assimilação social diferenciada da transgressão praticada por um maior e por um menor.

O privilégio dado às circunstâncias pessoais na definição da resposta socioeducativa adequada tem inúmeras consequências práticas, entre as quais lembramos:

I – Inexiste estipulação necessária de determinada medida para certo delito. É plenamente possível aplicar medida em meio aberto a adolescente que, por exemplo, envolveu-se em um latrocínio.²² O bordão reiteradamente repetido em nossas Cortes no sentido de que a *medida socioeducativa deve guardar relação de proporcionalidade com a gravidade do ato infracional praticado*.²³ É apenas meia verdade. Ato leve, de fato, como se mos-

trarar adiante, não permite resposta severa. Todavia, ato grave não reclama necessariamente medida drástica.

II – Como já destacado acima, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento faz com que as mudanças e transformações sejam parte integrante e natural da adolescência. Se o pressuposto da medida é a infração, que sinaliza a necessidade de intervenção segundo circunstâncias pessoais que ensejaram o comportamento ilícito, demora na escolha ou execução da medida é fatal. A medida fica descontextualizada, incidindo sobre realidade distinta daquela que produziu o ato infracional. Se se respeita a pessoa que sofrerá a medida, perde-se a diretriz motivadora da própria existência da medida, a conduta delituosa. Se, de outro lado, mantém-se fidelidade ao comportamento punível, a intervenção se frustrará por recair sobre pessoa, hoje, diversa daquela que transgrediu. Deve-se ter por meta, portanto, aproximar o máximo possível o momento da escolha da medida do momento da prática do ato infracional, sem, todavia, transigir com a observância do devido processo legal. Quando isto não for possível, deve-se, ao eleger a medida, observar as condições pessoais do adolescente no momento em que a medida é aplicada. Se hoje a situação for melhor do que no passado, a medida deve ser mais branda. Se forem piores as condições atuais, a medida não pode ser mais severa que aquela elegível à época do fato, uma vez que o agravamento das condições pessoais não está diretamente vinculado a uma nova transgressão. Em uma situação limite, é possível julgar-se procedente a ação socioeducativa e deixar de aplicar medida caso se verifique o desaparecimento completo das condições que, tempos atrás, desencadearam o comportamento ilícito.

reservada para atos infracionais que não guardam a gravidade de um roubo (TJSP – ApCiv 19.300-0/3 – Rel. Dirceu de Melo).

disputam entre si a prioridade entre os fins do direito (*Introdução ao estudo do direito*. Rio : Forense, 1982, p. 482-487).

(22) A propósito, confira-se recentíssima decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná: "Infração de menor. Art. 157, § 3.º (latrocínio) do CP c/c o art. 29 do mesmo estatuto legal. Representação comprovada. Procedência. Aplicação de medida socioeducativa de internação. Inviabilidade. Menor que faz jus à medida socioeducativa de liberdade assistida. Procedência. Decisão reformada em parte. Recurso parcialmente provido. Estando comprovada que o menor praticou as infrações contidas no art. 157, § 3.º (latrocínio) do CP, julga-se procedente a representação, aplicando-se ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida. (Recurso de apelação 98.2499-9, Rel. Des. Wanderlei Resende, ac. 8277, j. 21.12.1998).

(23) Exemplificativamente: "A medida socioeducativa deve guardar relação de proporcionalidade com o ato infracional praticado. Bem por isso, não se mostra adequada a sugestão técnica de inserção do adolescente no regime de liberdade assistida, medida

Neste passo, também deve-se deixar de dar cumprimento à medida quando, frustrada sua execução imediata – ainda que por descumprimento intencional do jovem – o tempo decorrido trabalhou a favor da ressocialização, mantendo hoje o adolescente rotina de vida ajustada. Assim, como procedimento mínimo a ser adotado, deve o magistrado não impor o cumprimento de medida aplicada há mais de seis meses (mesmo em caso de fugas) sem consultar a equipe técnica sobre a conveniência de se manter a intervenção nos moldes anteriormente fixados.²⁴

(24) Tangenciando este entendimento, já decidiu o E. TJSP: “Não se afigura razoável reverter a situação depois de passados tantos meses desde a liberação combatida” (AI 41.880-0/5 – TJSP – Rel. Álvaro Lazzarini). “Ocorre que ao agravo negou-se-lhe o efeito suspensivo. Vale dizer, foi o menor desde logo posto sob novo regime. Em consequência, passou a desfrutar de liberdade assistida e, decorridos mais de cinco meses, não é conveniente seu retorno à Febem. Essa alteração pendular na sua condição de infrator poderá desestabilizar o infrator e pôr a perder o trabalho reeducativo a que se submeteu nos sete meses de internação” (AgIn 037.249-0/1). Guaraci de Campos Vianna, Juiz de Direito e Professor de Direito Processual Civil, Direito do Menor e Introdução ao Estudo do Direito na Universidade Estácio de Sá, RJ, em *E. mail* divulgado pela Rede de Justiça da ABMP (www.abmp.org.br) consignou sua opinião no sentido de que quando não mais se mostrar necessário proteger ou socioeducar, pode o Estado-Juiz deixar de aplicar medidas protetivas ou socioeducativas. Constatada essa circunstância, deixa-se de impor a medida ou de executá-la. Para isso inexistiu um lapso temporal pré-definido. É uma constatação concreta, caso a caso. Como as medidas são aplicadas levando-se em conta as necessidades pedagógicas (art. 100 da Lei 8.069/90, já citado), pode-se afirmar, como o fez o ilustrado Jurista Públio Caio Bessa Cyrino, Promotor de Justiça no Amazonas, numa conversa informal, que somente a ineficácia pedagógica pode impedir a aplicação de uma medida específica de prote-

5. O sistema de aplicação da medida socioeducativa

Definidos estes pressupostos básicos, tem-se agora um alicerce que permite ensaiar, doravante, o conjunto de regras sequenciais capazes de guiar os passos do operador do direito ao longo do complexo processo de eleição da medida socioeducativa mais adequada.

5.1 Primeira etapa – exame de procedência

A passagem da doutrina da situação irregular (Código de Menores) para a doutrina da proteção integral (ECA) modificou o conceito de adolescente infrator. No regime anterior o infrator se definia pela prática de ato *anti-social* (categoria vaga e indefinida). Hoje mostra-se indispensável que cometa *ato infracional* (categoria jurídica precisa), ou seja, *conduta descrita em lei como crime ou contravenção* conforme define o art. 103 do ECA.

Ora, se ato infracional é crime, e se a medida socioeducativa pressupõe ato infracional para ser ministrada, decorre logicamente daí a necessidade se incorporar ao sistema do ECA doutrina e normativa que disciplinam a figura do crime, seu conceito analítico e suas formas de demonstração. Tal normativa, manifestamente garantista, visa objetivar as condições nas quais determinada conduta seja passível de responsabilização.

ção ou socioeducativa. Na verdade opera-se uma absoluta falta de interesse processual em continuar com o processo ou procedimento. Assim, se, *v.g.*, um adolescente autor de um ato infracional equiparado a furto teve imposta, através de sentença, uma medida socioeducativa qualquer em 1992, esta não poderá ser executada nos dias atuais se este adolescente estiver estudando, trabalhando regularmente, integrado a família, vivendo longe da marginalidade etc., por absoluta ineficácia pedagógica.

Retira-se, assim, do arbítrio judicial o poder definir a conveniência da intervenção, subordinando-a à presença de um *crime (ou contravenção) devidamente demonstrado*.

Constatar ou não a existência de um crime devidamente comprovado é o que, em termos processuais, faz o julgador ao aferir a procedência da pretensão Estatal deduzida em ação penal ou socioeducativa. Exame de procedência, portanto, implica averiguar a existência de um crime com autoria e materialidade definidas, exatamente o que se faz na órbita criminal, ao se condenar ou absolver um réu. Basta comparar-se o art. 189 do ECA com o art. 386 do CPP para concluir-se pela identidade das questões a serem examinadas num e noutro sistema.

Tais questões podem ser divididas em dois grupos: a) relativas à qualificação da conduta como crime (ato típico, antijurídico e culpável) punível e b) relativas à demonstração a materialidade e autoria desta conduta à luz do devido processo legal.

5.1.1 Fatores implicados na qualificação da conduta como crime

Para aplicar-se medida socioeducativa é indispensável pesquisar, antes de mais nada, se estão presentes no caso todas as elementares do conceito de crime. Se a ação é típica (incluindo aqui o dolo ou a culpa) e se não houve circunstância que exclua a antijuridicidade ou culpabilidade. Sem isto, como dito, não haverá ato infracional (art. 103 do ECA).

De outro lado, a interpretação mais lógica do art. 103 é de que o ato infracional que enseja medida socioeducativa é crime com força para gerar punição, porque somente este autoriza alguma intervenção estatal na esfera de disponibilidade do cidadão. Crime que não é punível, descaracteriza-se, não tendo reflexo prático para o agente transgressor, seja ele

imputável ou não. Ademais, não pode um adolescente ser responsabilizado por conduta que, sendo imputável, nada lhe renderia. Nesta primeira etapa, portanto, verificadas as elementares do conceito analítico de crime, faz-se então um juízo de exclusão de possíveis causas de extinção da punibilidade (art. 107 do CP), como lei posterior descriminante do fato, perdão judicial, prescrição, decadência etc.

Consequências práticas:

I – não se pode aplicar medida socioeducativa em face de mera intenção de infracionar. Trata-se de conduta atípica, de modo que na esfera da infância e juventude, tanto quanto na esfera criminal, o Estado não pode intervir através de meios coercitivos somente porque o cidadão *tencionou* praticar um crime, desejou algo contrário à lei. O desejo, o pensamento, o sentimento não atuado não podem transformar-se em fundamento de aplicação de medida socioeducativa, ou mesmo para definir sua natureza. Na tradição cristã, o desejar, o pensar configura pecado. Todavia, o que não saiu da esfera da cogitação não interessa ao Direito Penal, não permitindo qualquer mobilização do Estado.

II – Não se pode aplicar medida socioeducativa quando quem pratica a infração é adolescente portador de doença ou deficiência mental, porque o adulto que nestas condições pratica crime é isento de pena (art. 26 do CP). As ações socioeducativas neste caso devem ser julgadas improcedentes (equivalente a absolvição),²⁵ aplicando-se a regra do art. 112,

(25) Sugere o redator do anteprojeto de lei de execuções de medida sócio educativa incorpore o art. 112 do ECA o seguinte § 6.º – É isento de medida socioeducativa o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 3.º, do ECA: encaminhamento puro e simples para local de tratamento, onde o jovem permanecerá sob supervisão médica, livre de qualquer ingerência judiciária. A fim de que se ateste a existência de doença ou deficiência mental indispensável seja o jovem submetido a exame psiquiátrico, cujo deferimento é obrigação do juiz.²⁶

III – não pode haver aplicação de medida socioeducativa quando o crime prescreveu à luz dos critérios da lei penal.²⁷

IV – não pode haver aplicação de medida socioeducativa quando se verificar o fenômeno da decadência.

V – não pode haver aplicação de medida socioeducativa quando houver causa de perdão judicial, ou escusa absolutória, que exclua a pena na esfera criminal. Assim, por exemplo, quando um jovem furta ascendente (art. 181, II, do ECA).²⁸

(26) Flagrantemente equivocado o entendimento da Câmara Especial do TJSP ao decidir que “a falta de exame de sanidade mental não prejudica a defesa, visto que ao infrator não se aplica pena, mas medida que visa a ressocialização do menor, inclusive mediante tratamento psiquiátrico e psicológico” (ApCiv 16.267-0/0 – Rel. Sabino Neto). Neste caso, um adolescente portador de doença mental foi inserido em medida de internação e encaminhado a unidade educacional (art. 112, VI), imprópria para o tratamento de patologias psiquiátricas, algo que prejudicou sobremaneira seu tratamento e também a própria rotina do estabelecimento onde foi mantido. Igualmente equivocada, a propósito a decisão publicada em RT 687/295.

(27) Esboço de anteprojeto de lei de execução de medida socioeducativa: Art. 100 – A prescrição da ação de pretensão socioeducativa e a prescrição das respectivas medidas ocorrerá em 2 anos. Tal questão, dada a sua complexidade, será objeto de estudo em texto específico. Do mesmo modo, o tema da decadência.

(28) Correta a seguinte decisão: “Menor – ato infracional – tentativa de furto praticada contra ascendente. Aplicabilidade do prin-

5.1.2 Fatores implicados na demonstração da autoria e materialidade do crime

De outro lado, insere-se no exame de procedência aferir a existência de prova inequívoca de autoria e materialidade do ato criminoso ou contravencional. O Estatuto dispõe expressamente a respeito: “a imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes de autoria e prova da materialidade da infração”. Tanto que o art. 189, II e IV manda que nenhuma medida seja aplicada caso não haja prova da existência do fato e prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. Prova aqui, tal como na esfera penal, é a demonstração de fatos obtida através de um procedimento bem definido de investigação judicial, no qual se garante ao acusado direito ao contraditório e à ampla defesa. O ECA atribui ao jovem processado, no art. 111, o direito à igualdade na relação processual e à defesa técnica por advogado. Não bastasse, tais garantias são de fundo constitucional: inc. LV do art. 5.º da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ele inerentes”. Tudo faz pleno sentido porquanto, como dito, tal como a pena, a medida socioeducativa é expressão do poder estatal que interfere na autonomia da pessoa em nome da defesa social. Sua aplicação, portanto, deve ser balizada, para que a pessoa não fique a mercê do arbítrio daqueles que detém o poder.²⁹

cípio da escusa absolutória do Direito Penal, no âmbito da lei Federal 8.069/90” (TJSP – AgIn 27.793-0/5 – Rel. Dirceu de Mello).

(29) Causa espécie, portanto, decisão da E. Câmara Especial do TJSP ao dizer que “nos procedimentos referentes à Justiça da Infância e Juventude desnecessário (sic) a adoção dos princípios e rigores do processo penal” (ApCiv 41.478.0/0).

Vejamos algumas consequências práticas desta conclusão:

I – Não se pode aplicar medida socioeducativa sem que haja respeito incondicional ao devido processo legal. Assim, a medida socioeducativa não pode ser ministrada concomitantemente à remissão pré-processual, não obstante o que dispõe o art. 127 do ECA.³⁰ De qualquer forma, se assim o for, ela perde seu caráter coercitivo, a possibilidade se impor contra a vontade do jovem. O descumprimento reiterado e injustificado não enseja a internação nos termos do art. 122, III, do ECA.³¹

(30) A propósito, a jurisprudência: “A remissão pré processual é incompatível com a aplicação de medida socioeducativa” (*JTJ/LEX* 150/73 e 150/189). “O entendimento do E. STJ (Súm. 108) no sentido de que medidas socioeducativas só podem ser aplicadas pela autoridade judiciária, traduz a necessidade da imposição de tais medidas em procedimentos apropriados com observância dos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, conforme vem reiteradamente julgando esta E. Câmara Especial”(ApCiv 16.177-0 e 16.445-0 – Rel. Ney Almada, 15.170-0-Rel. Lair Loureiro, in *JTJ* 142/144; MS 12.914-0 – Rel. Cesar de Moraes, ApCiv 16866-0, Rel. Sabino Neto).

(31) A propósito, também se manifestou a Procuradoria de Justiça de São Paulo: “A medida socioeducativa aplicada por força de remissão, efetivamente, não se sujeita à internação sanção prevista no art. 122, III, do ECA, ante o que reza o art. 127, parte final, do mesmo diploma legal (...) O entendimento é que o Ministério Público tem de propor revisão da medida, nos termos do que dispõe o art. 128 do ECA”, oferecendo a representação necessária para iniciar o procedimento apropriado à aplicação da medida socioeducativa.” (parecer de Regina Helena da Silva Simões – in AgIn 25.776.0/9 – 12.12.1994). Assim, o TJSP tem determinado, sem exceção, a cassação de internações decretadas por descumprimento de medida anterior (art. 122, III do ECA) aplicada conjuntamente com remissão: HC 48.273.0/3, 49.121.0/0 e 56.530.0/3.

II – a estrita observância do devido processo legal reclama também respeito intransigente à garantia constitucional de presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII da CF). Se no ECA o princípio é apenas implícito, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança a respeito foi explícita: “os Estados assegurarão, em particular, que toda a criança a quem se alegue ou acuse de ter infringido as leis penais goze da garantia de ser considerada inocente enquanto não comprovada sua culpabilidade conforme a lei” (art. 40.2..b.I). Daí porque a remissão – onde não há apuração do fato à luz do devido processo legal – não vale como antecedente (art. 127 do ECA). De outro lado, reiteração de atos infracionais, nos termos do art. 122, II, do ECA, não se configura mediante *mera notícia* de mais de uma infração, parta esta notícia da polícia, do suspeito, da vítima ou de sua família. Reiteração é igual a reincidência, no sentido técnico penal da palavra. Para que reitere, pois, o jovem deve praticar novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior (art. 63 do Código Penal).³²

(32) Neste sentido são as decisões: “Para o ECA, a reiteração é equivalente à reincidência prevista no CP; assim sendo, a configuração da reiteração, como pressuposto da aplicação da internação, há de se prender ao fato de o adolescente ter sido anteriormente submetido à medida socioeducativa, com decisão transitada em julgado, conforme interpretação do art. 122, II, da lei 8.069/90” (*RT* 755/684). “Ato infracional praticado por menor ofensivo à disposições do art. 155, § 4.º, III, do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Sem que tenha ocorrido, à data da decisão apelada, o trânsito em julgado da condenação anterior, à qual também respondeu o ora recorrente, não se lhe pode atribuir reiteração delitiva, conforme previsto no inc. II, do art. 122, do Estatuto Menorista, para aplicação da medida socioeducativa de internação pelo período máximo legal (arts. 122, V e 121, § 3.º do

III – É cláusula do devido processo legal o direito de o acusado não ser obrigado a produzir prova contra sua pessoa. A Constituição, aliás, assegura expressamente o direito de o acusado permanecer calado (art. 5.º, inc. LVII). E a Convenção Internacional dos Direitos da Criança também concede ao jovem sob acusação a garantia de não ser obrigado a testemunhar *ou se declarar culpado* (art. 40.2.b.4). Em suma, o silêncio ou a negativa nunca podem laborar em seu desfavor (na esfera criminal não é agravante da pena) embora possa ser premiada a confissão (à moda da esfera penal, onde é classificada como atenuante – art. 65, III, *d* do CP). Neste passo, francamente censurável a idéia de que, não assumindo o que faz (não confessando amplamente), o jovem não dispõe de juízo crítico e, por isto, mereça tratamento mais severo. O exercício de um garantia constitucional legítima não pode de modo algum ser interpretado como fraqueza de caráter. O Magistrado, a quem cumpre zelar pelo império dos direitos do cidadão processado, deve relativizar pareceres técnicos que assentem conclusão desfavorável ao adolescente no fato de ele negar total ou parcialmente o crime. A negativa de autoria, destarte, em qualquer momento que seja apresentada, não pode servir de fundamento, nunca, para fixar ou prorrogar a medida mais severa.³³

IV – Tal como no direito processual penal, materialidade de ato infracional

mesmo diploma legal)” (ApCiv 148-94/DF – j. em 10.08.1994 – publicado *DJDF* de 22.09.1994).

(33) Completamente dessintonizada do ordenamento vigente algumas decisões da Câmara Especial do TJSP, que justificam a medida de internação porque “o fato de o jovem ter negado apesar das provas em contrário demonstra o não reconhecimento de suas condutas, das consequências desta, falta de reflexão sobre os fatos e portanto não arrependimento” (ApCiv 43.479-0/0). No mesmo sentido ApCiv 38.688.0/1.

que deixa vestígios somente se demonstra através de exame de corpo de delito. Por vezes, o prazo de internação provisória decorre sem que o laudo venha aos autos, levando alguns juízes a decisões precipitadas. Sem prova técnica da materialidade, a ação deve ser julgada improcedente (art. 189, II do ECA).³⁴

V – Dentro da garantia da ampla defesa, o adolescente deve ser formalmente cientificado do inteiro teor da imputação antes de ser chamados a depor. Deve, pois, ser citado, tal como determina o art. 111, I, do ECA. O art. 184, § 1.º, insiste outra vez para que se lhe dê ciência prévia do teor da representação, estendendo a providência para seu responsável. Ainda que o jovem esteja internado – e ainda mais neste caso –, mesmo que tenha acompanhado o atendimento nos termos do art. 179 do ECA, ele tem direito de receber cópia integral da imputação formulada com antecedência para que possa elaborar sua defesa. Assim também, cópia da representação deve ser entregue aos responsáveis para conhecimento. A inobservância destas formalidades torna nulo o processo. Não permite o advento de uma sentença de mérito válida.³⁵

(34) Neste sentido: “Lesões corporais culposas – ausência do laudo de exame de corpo de delito – recurso provido para julgar improcedente a ação socioeducativa por falta de prova da materialidade infracional” (AP. 39.249-0/6 – TJSP). No mesmo sentido, porém entendendo nula a sentença dada sem o laudo: “Ato infracional. Flagrante. Falta de prova da materialidade. Sentença nula. A prova material é indispensável para conclusão inculpatória quanto à prática do ilícito de porte de substância tóxica ou que determine dependência física ou psíquica. Decisão proferida sem os requisitos formais e essenciais da fundamentação e dispositivos legais nos quais os agentes se achavam incursos. Nulidade declarada a fim de que outra decisão seja proferida. Recurso. Provimento.” (Ac. Cons. Mag. TJPR – Rec. Ap. 525/92, de 06.12.1993 – un. – Rel. Des. Altair Patitucci).

(35) Sobre a necessidade de comunicação à família, já se decidiu: “Menor. Processo

VI – Não se pode também entender demonstrado um ato infracional somente levando em conta a confissão judicial do adolescente. Ouvido o jovem e seus responsáveis, cabe ao magistrado, conforme manda a parte final do § 2.º do art. 186 do ECA, designar, desde logo, audiência em continuação, onde serão ouvidas as testemunhas da representação (§ 4.º). Ademais, prescreve o CPP, art. 197, que o valor da confissão deve ser apreciado mediante sua confrontação com as demais provas do processo, isto é, aquelas colhidas sob a fiscalização da defesa e supervisão judicial (o expediente encaminhado pela polícia civil não tem qualquer valor). Deve-se lembrar que na órbita da infância e juventude, por imperar uma falsa impressão de impunidade, maiores induzem jovens a confessar crimes que não cometeram a fim de encobrir autoria de terceiros.³⁶

Infracional. Nulidade do Processo. Ciência aos pais ou responsáveis do menor infrator, antes do interrogatório deste, imprescindível, assim como interrogatório sempre com assistência de defensor constituído ou nomeado pelo Juiz. Ausência de tais cautelas constituem nulidade absoluta, decretável *ex officio*, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.” (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – v. 01/97 AC 594132078, TJRS, 7.ª CC, Rel. Des. Pres. Waldemar Luiz de Freitas Filho, vu, j. 21.12.1994). O Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, em diversas oportunidades, de modo fracamente equivocado entendeu dispensável a citação do adolescente internado (ApCiv 33.762-0/3, 28.261-0/5, 31.842-0/4, 32/068-0/9 etc...) remetendo-se ao entendimento jurisprudencial, vigente na esfera criminal, de que requisição do réu preso para o interrogatório supre a necessidade de citação. Ora, o recurso à analogia soa completamente inoportuno, vez que inexistente lacuna no ECA, o qual regula expressamente o tema ordenando a citação ou formalidade equivalente em processos de apuração de ato infracional (art. 111, I).

(36) Corretamente já decidiu o TJSP: “Oferecida a representação, não se procedeu à oitiva de

5.2 Segunda etapa – cominação, em concreto, das medidas disponíveis à aplicação

Superado o exame de procedência com a conclusão de que restaram demonstradas autoria e materialidade de conduta descrita como crime ou contravenção, o passo seguinte é verificar *quais das medidas previstas em lei estão disponíveis à aplicação*. Se para definição do que seja ato infracional a adesão ao sistema do CP é automática, completa e correta, no momento de se definir o tipo de medida adequada esta referência não se opera com a mesma facilidade.

Enquanto o CP estabelece, em seguida de cada crime, a pena aplicável, o ECA define de forma genérica as medidas consequentes aos atos infracionais (art. 112). Para cada crime, na técnica do CP, existe uma pena *cominada*, que pode variar entre um limite máximo e um limite mínimo estabelecido. O aplicador sabe que pode e deve operar entre um piso e um teto de sanção conforme cada delito cometido. O ECA, por seu turno, limita-se a indicar um rol de medidas socioedu-

uma testemunha sequer. Para impor ao adolescente medida de semiliberdade, louvou-se o Juízo, apenas, na curta e lacônica confissão. Não se pode negar a similitude que há entre o procedimento para apuração de ato infracional e o processo penal, tanto que a Lei Federal 8.069/90 exige para a imposição de medidas mais graves, prova da autoria e materialidade da infração (art. 114, *caput*). Se no processo penal a confissão isolada do réu não pode suportar o acolhimento da pretensão punitiva do Estado (CPP, art. 197), também no âmbito da Lei Federal 8.069/90 a confissão desacompanhada de outros elementos de convicção não pode suportar a imposição de medida socioeducativa grave” (ApCiv 17.256-0/7). Não obstante tal precedente, em muitas outras oportunidades, a mesma Corte firmou, erroneamente, entendimento inverso (ApCiv 33.890-0/7-00, 29.431-0/9, 27.868-0/8, 24.503-0/1, 29.407-0/0 etc...).

cativas aplicáveis para qualquer ato infracional, fazendo ressalvas de ordem geral com relação a determinadas medidas em relação a certos atos (art. 122).

Cabe ao aplicador, portanto, fazer uma avaliação objetiva do caso concreto a fim de *cominar a medida*, fixando os limites entre os quais poderá transitar no momento seguinte de individualização do regime socioeducativo. Esta tarefa de "cominação" da medida é mais complexa do que parece, e antecedente a etapa final em que, efetivamente se definirá, dentro dos patamares estabelecidos, a resposta justa. Por ora, neste momento, vai o aplicador simplesmente definir o rol de alternativas socioeducativas que lhe é possível manejar, *num trabalho sobretudo de excluir ou não a medida restritiva de liberdade*. Para tanto, deve se servir de parâmetros ditados pelo ECA e pelo Código Penal.

5.2.1 Os parâmetros ditados pelo ECA

Embora o sistema do ECA, como já foi dito acima, priorize a *pessoa* do infrator como diretriz de aplicação da medida socioeducativa, esta pessoa, é óbvio, para receber a intervenção deve ser considerada como um *infrator*. É a infração praticada que legitima o Estado a invadir a esfera de autodeterminação do sujeito, de modo que esta ingerência mostra-se naturalmente vinculada e necessariamente limitada aos fatores pessoais que ensejarem o comportamento criminoso. O ECA apresenta, nos incisos I e II do art. 122, os limites objetivos desta vinculação entre infração e medida socioeducativa, tal como faz o CP, caso a caso, entre crime e sanção. A vinculação, aqui, todavia, face a opção pela diretriz subjetiva na escolha do regime – atua simplesmente para *definir um limite de aplicação para as medidas mais severas*, vale dizer, *hipóteses nas quais certa medida – a internação – não pode ser aplicada*.

Deste modo, arrisca-se dizer que a cominação do CP é previamente estabelecida pelo legislador e dentro de um *sistema de delimitação positiva*, sabendo o aplicador da *pena de onde sai e até onde pode chegar*. De outro lado, a cominação do ECA, cabe ao magistrado defini-la caso a caso, devendo fazê-lo dentro de um *sistema de delimitação negativa*, ou seja para que saiba o aplicador da medida onde não pode ir.

Assim, medida de internação estará *previamente excluída* caso o ato infracional não seja cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa (art. 122, I) e caso não haja reiteração na prática de outros atos infracionais (art. 122, II). Nestes casos, o magistrado, ao individualizar a medida, não terá disponível para aplicação nem a internação, nem a semiliberdade.³⁷

Assim, exemplificativamente, não se pode aplicar internação ao jovem primário envolvido em ato infracional equiparado a tráfico de drogas. O tráfico não é ato praticado mediante violência ou grave ameaça. Se o jovem não for reincidente (não houver reincidido, como apontamos acima), não incidirá em nenhuma das hipóteses do art. 122 do ECA. Mesmo que seja apanhado com grande quantidade de droga a medida deve ser em meio aberto. O legislador, de forma aguçada, bem percebeu que os adolescentes, manipulados pelos grandes traficantes para fazer a parte visível do comércio ilícito, são muito mais vítimas do que infratores, não merecendo, desde o início, os rigores da medida extrema.³⁸

(37) O art. 122 do ECA define também as hipóteses de cabimento da semiliberdade, tendo em vista que o art. 120, § 2.º, do ECA determina sejam aplicadas ao regime semi-aberto, no que couber, as disposições relativas à internação.

(38) O TJSP, equivocadamente, entende viável a internação em caso de tráfico praticado por adolescente primário (HC 40.477-0, 41.758-

5.2.2 Os parâmetros ditados pelo Código Penal

Além do limite máximo de responsabilização disposto nas normas do próprio ECA, outra diretriz inibidora de respostas mais severas advém diretamente do sistema de Direito Penal. Assim, ainda que não restringida a internação por força do art. 122 do ECA, ela não poderá ser aplicada caso, em idênticas condições, mereça um maior imputável pena a ser cumprida em liberdade. Destarte, o limite máximo de responsabilização do cidadão – maior ou menor de dezoito anos – autor de ato criminoso é aquele definido pelo sistema do Código Penal.

São múltiplos os motivos que justificam tal regra. Não se pode esquecer que a imposição de medida para cumprimento coercitivo em face de um cidadão justifica-se única e exclusivamente por conta da prática de conduta atentatória à ordem social. Medida socioeducativa é pena, não tutela, é para o bem do Estado e não para o bem do cidadão. Ainda que em fase de desenvolvimento o jovem tem direito a se autodeterminar, ou no mínimo, cabe a sua família e não ao Estado dizer como educá-lo.

É pois, como já repetido incontáveis vezes, a conduta infratora que desencadeia a pretensão estatal de intervir. A intervenção, portanto, *não pode perder de vista a dimensão desta transgressão*, dimensão que vem definida na cominação de penas levada a efeito pelo legislador penal, *incluindo-se aí os possíveis benefícios tendentes à redução ou atenuação da reprimenda conforme o caso concreto*. Assim, por mais que o exijam as condições pessoais do adolescente, a medida socioeducativa a ele ministrada não

pode ser mais severa ou duradoura do que a pena aplicável, nas mesmas circunstâncias, ao maior imputável.

O próprio ECA, de outro lado, em seu art. 3.^o, estabelece que os adolescentes gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana em geral, sem prejuízo de prerrogativas especiais decorrentes de sua condição peculiar. Ou seja, são eles titulares de todas as garantias outorgadas aos mais velhos, desde que não esteja implicada capacidade civil para exercício de tais prerrogativas. Dentre estas últimas, é óbvio, não se situam aquelas atribuídas pela Constituição e pela lei penal ao cidadão processado por crime.

Contudo, esta referência à lei penal, insista-se para deixar bem claro, funciona exclusivamente para estabelecer um *limite máximo* à intervenção judicial conforme a gravidade da infração perpetrada. A sofisticação do regime do ECA advém justamente da desnecessidade de fixação de um *patamar mínimo* de intensidade de tal resposta também na proporção da gravidade da infração. Se um adolescente praticou um homicídio, pois, não está excluído da medida em meio aberto se suas condições pessoais sinalizarem possibilidade de educação sem privação de liberdade. Contudo, se porta droga para uso próprio, jamais poderá ser inserido em medida de internação, uma vez que não cumpriria pena em regime fechado por tal conduta em nenhuma hipótese.³⁹ Mesmo que a drogadição seja intensa, mesmo que haja suspeita de que o jovem infraciona para manter seu vício, a medida socioeducativa de internação não pode de modo algum ser ministrada.

A propósito, tal entendimento parecer ser de plena aceitação pela doutrina. O Desembargador Amaral e Silva, no mesmo acórdão acima citado, aduz que: “O

0, 25.231-0, 40.721-0 etc). O STJ, contudo, tem reformado decisões deste teor, conforme se vê no RHC 7259/SP (98/0009238-2) e no RHC 7447/SP (98/0021519-0).

(39) O art. 16 da Lei 6.368/76 prevê pena de detenção e o art. 33 do CP dispõe que a pena de detenção cumpre-se sempre no regime semi-aberto ou aberto.

que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas aos condenados adultos. Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperado pela possibilidade da remissão), do caráter *predominantemente pedagógico e excepcional* das medidas socioeducativas, constituem *garantias de natureza penal* (Direito Ciência e Norma), que não podem ser negadas aos infratores do Estatuto da Juventude" (...) "fossem adultos, condenados por homicídio na Justiça Penal Comum, o regime seria o semi-aberto, correspondente a semi-liberdade do Estatuto da Juventude (...) Não podendo ser tratados com maior severidade na Justiça Juvenil do que na comum, devido a particularidade de estarem estudando e havendo a alternativa para a hipótese de que, se não adaptarem ao regime, poderão ser novamente privados de liberdade (ECA art. 122, III), dou provimento parcial aos recursos para impor a medida socioeducativa da semi-liberdade (ECA art. 120), sem determinação de prazo, atento o juiz da execução ao termo máximo que coincide com a maioridade civil".⁴⁰

Paulo Lúcio Nogueira, em seu clássico manual, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 159, leciona que: "A internação corresponde ao regime fechado na esfera penal, reservado aos criminosos que apresentem periculosidade e tenham praticado crimes punidos com penas acima de oito anos (CP, art. 33, § 2.º, a), pois se a pena for superior a quatro e não exceder a oito

será cumprida em regime semi-aberto (CP, art. 33, § 2.º, b), e em regime aberto se for igual ou inferior a quatro anos, desde que o condenado não seja reincidente (CP, art. 33, § 2.º, c). A referência à lei penal torna-se necessária para servir de parâmetro no tratamento ao adolescente, *que não pode ser mais penalizado que o adulto*, mormente levando-se em conta o seu desenvolvimento mental".⁴¹

O julgador, assim, ao eleger a medida mais adequada deve necessariamente atentar ao patamar da pena aplicável ao caso na esfera penal para que não corra o risco de aplicar medida mais gravosa do que a hipotética pena cabível. Sempre se deve lembrar que a aplicabilidade de regime fechado na esfera penal é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para adoção da medida de internação.

Dentre as diversas consequências práticas que decorrem destas considerações, mencionamos:

I – É indispensável a estipulação, no dispositivo das sentenças em procedimento de apuração de ato infracional, sob pena de nulidade, do artigo do CP no qual, segundo entendimento do magistrado, o conjunto probatório deu como incurso o adolescente.⁴²

⁽⁴⁰⁾ O esboço de Anteprojeto do Des. Amaral e Silva para lei de execução de medidas socioeducativas prevê alteração do ECA a fim de que o art. 112 inclua o seguinte parágrafo: "em hipótese alguma poderá o juiz impor a internação e semiliberdade se a infração cominada na legislação penal dos adultos, em iguais circunstâncias, corresponder a multa, pena restritiva de direitos ou suspensão condicional da pena" (art. 103).

⁽⁴¹⁾ No mesmo sentido é a lição de LIBERATI, Wilson Donizeti. In: *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 92: "A internação tem seu parâmetro na legislação penal correspondente ao regime fechado, que é destinado aos condenados considerados perigosos e que tenham praticado crimes punidos com pena de reclusão superior a oito anos (CP, art. 33, § 2.º, a)".

⁽⁴²⁾ A propósito, já se decidiu: "Necessária se faz a consignação na parte dispositiva do *decisum*, em sendo julgada a representação procedente, da norma legal pertinente e aplicável ao ato infracional. Nulidade declarada para que as apontadas falhas sejam sanadas." (*Biblioteca dos direitos da criança ABMP – Jurisprudência* – v. 01/97 Ap.

II – É necessária uma investigação de todos os fatores atinentes ao ato infracional e que teriam relevância na redução da pena ou modificação de seu regime de cumprimento na esfera criminal. Por exemplo, se o crime consumou-se ou não e, caso tenha sido tentado, até que ponto avançou a execução. Lembre-se que um roubo qualificado, se interrompido em seus primórdios, implica redução da pena em dois terços. Reduzida a um ano e pouco mais de nove meses de reclusão, tem o réu direito à suspensão condicional da pena na esfera criminal estando vedada, por conseguinte, a aplicação de internação na esfera infracional. De relevo lembrar, também, por exemplo que o furto, o estelionato e a apropriação indébita são susceptíveis de privilégios (art. 155, § 2.º 171, § 1.º, e 164 do CP) que podem modificar a natureza da pena (de reclusão para detenção ou multa), interferindo na natureza do regime penal cabível.

5.2.3 Os parâmetros do ECA interpretados sob a ótica do Código Penal

O sistema de garantias do ECA contra excessos no manejo da privação de liberdade (art. 122) deve ser reforçado, sempre, com a sistemática garantista do CP, plena de princípios e regras historicamente consagradas e positivamente com este mesmo objetivo de proteção do cidadão

00058-8, TJPR, Conselho da Magistratura, Rel. Des. Altair Patitucci, v.u. 05.06.1995). “Ausente na parte dispositiva a indicação dos artigos da lei penal violados pela conduta do menor infrator, impõe-se a declaração de nulidade da sentença. Vulneração do art. 381, inc. IV do CPP.” “Impossibilidade na averiguação da legalidade das decisões judiciais e garantia às partes na aplicação de princípios erigidos como fundamentais pela nossa *Carta Magna*.” (*Biblioteca dos direitos da criança ABMP – Jurisprudência* – v. 01/97 – Ap. 001136-0, TJPR, Conselho da Magistratura, Rel. Dcs. Altair Patitucci, v.u. 08.04.1996).

processado. O ECA, pois, neste aspecto deve harmonizar-se com a legislação criminal, buscando nela e em sua doutrina o rumo hermenêutico mais adequado.

Assim, as hipóteses que autorizam a aplicação da medida socioeducativa de internação submetem-se aos princípios da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei menos benigna e retroatividade da menos severa, da impossibilidade de analogia *in pejus* etc.

De tais considerações decorrem importantes consequências práticas:

I – o respeito à garantia constitucional da anterioridade da lei inviabiliza a decretação da medida socioeducativa de internação ou semiliberdade em qualquer hipótese não prevista no art. 122 do ECA. Atenta francamente contra o direito posto a prática reiterada, em sede de execução, da substituição de medida mais branda por internação de até três anos utilizando-se como fundamento o art. 99 combinado com art. 113 do ECA. Conforme leciona Wilson Donizeti Liberati ao comentar os pressupostos necessários para a aplicação da medida de internação, “o elenco das condições (previstas no art. 122 do ECA) é taxativo e exaustivo, não havendo possibilidade de aplicação da medida fora das hipóteses apresentadas” (in *Comentários ao ECA*, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 96).⁴³

(43) Veja-se, também, a lição de Roberto João Elias, fazendo referência a outros eminentes comentadores: “Na lição de Cury, Garrido e Marçura, o rol do referido artigo é exaustivo, não sendo possível a internação fora das hipóteses consignadas (Estatuto da Criança e do Adolescente anotado, cit. p. 65)” (in *Comentários ao ECA*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 101). A jurisprudência, outrossim, abona tal compreensão. Veja: “A medida de internação de adolescente somente será aplicada nos casos taxativamente previstos no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.” (Ac. TJRO – HC 058/CM/93, de 20.09.1993 – p/m – Rel. Des. Eurico Montenegro Júnior – DJ/RO 178, de 05.10.1993). Veja, no mesmo sentido,

O art. 122, aliás, é expresso: “a internação **só** será decretada (...)”. O motivo para tal entendimento é evidente. A ordem constitucional vigente não permite que um cidadão seja privado de seu sagrado direito de ir e vir sem que lei anterior defina claramente a hipótese em que isto pode acontecer. Cuida-se aqui do princípio da legalidade e da reserva legal (CF art. 5.º XXXIX; CP, art. 1.º). Ora, o art. 99 c.c. 113 do ECA fala simplesmente que o juiz pode substituir uma medida por outra, *mas não indica os casos, não define as situações, as condutas que ensejariam esta substituição*. A conclusão necessária a que se chega é, portanto, que em tal comando legal não se pode apoiar decisão que implique privação de liberdade.⁴⁴

II – pelo mesmo motivo exposto no item acima, equivocada se mostra qualquer ampliação das hipóteses de internação por conta de uma suposta primazia do bem estar do adolescente.⁴⁵ Não se pode

retirar a liberdade de um adolescente simplesmente porque o juiz entende que isso é o melhor para ele. Subsistem inúmeras alternativas previstas no ECA para socorrer jovens em risco sem que se necessite encarcerá-los. Não se aplica a medida de internação a bem do adolescente, mas sim porque se acredita que este é o melhor mecanismo de defesa social contra o crime. Assim, subsiste a regra geral de que não pode ser manejada salvo nas hipóteses previstas em lei.⁴⁶

De outro lado, face ao inevitável entrelaçamento entre o ECA e o CP neste tocante, a interpretação dos termos utilizados pelo art. 122, tais como gravidade, reiteração etc., deve ser feita de acordo com os conceitos da lei criminal, resultando nas seguintes conclusões:

0004690-9) – Rel. Min. José Dantas j. em 16.04.1998 – 5.ª T.: “Menor Infrator. Internação. Art. 122 do ECA. *Habeas Corpus*. Incensurabilidade de sua denegação, à minguada da ilegalidade suscitada sobre aplicação da medida a caso outro que não os arrolados naquele dispositivo do Estatuto da Criança e do adolescente, desde que aplicada como justificada forma de preservação do próprio menor”.

(46) Muito mais sintonizada com a lei em vigor, a seguinte decisão do STJ: “RHC – Código Criança e do Adolescente – ato infracional – medida de internação – o ECA considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. As medidas socioeducativas (tít. III, cap. IV) são enumeradas conforme o critério – *numerus clausus*. Aliás, somente podem decorrer observado ‘o devido processo legal’ (art. 110, *in fine*). o ato infracional é pressuposto da sanção (consequência lógica). O art. 122 relaciona, como antecedente, os casos de medida de internação. Só podem ser aplicados nas hipóteses dos respectivos incisos. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (idem, § 2.º). A sanção, pois, é taxativa” (RHC 7259/SP (98/0009238-2) – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 19.03.1998 – 6.ª T.). Vide, a propósito nota 30, supra.

STJ – RHC 7259/SP – (98/0009238-2) – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 19.03.1998 – 6.ª Turma.

(44) A E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, vem modificando sua compreensão sobre o tema. De um entendimento inicial unânime no sentido do cabimento da substituição de medida mais branda por medida de internação com limite máximo de três anos (AgIn 31.984-0/1, 25.676-0/7, 34.532-0/1, 23.951-0/8, 25.101-0 etc.), o Tribunal vem pronunciando-se cada vez mais no sentido de que este limite, com efeito, é de três meses, por conta do parágrafo 1.º do art. 122 do ECA (AI 37.662-0 – Rel. Luis de Macedo; AI 40544-0/5 – Rel. Carlos Ortiz; AgIn 35.734-0/0 e AI 36.694-0/4 – Rel. Rebouças de Carvalho – todos do TJSP). Ainda a respeito da questão pronunciou-se o STF (HC 74.715-9/SP, 2.ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u. 18.03.1997, *DJ* 16.05.1997, p. 19.951) argumentando que a regra do art. 99 do ECA aplica-se somente a medidas de proteção, não podendo fundamentar conversão de medida socioeducativa em outra mais gravosa.

(45) Neste sentido, gravemente equivocada a decisão do E. STJ no RHC 7223/SP (98/

I – Graves são, necessariamente, os crimes apenados com reclusão.⁴⁷ Isto porque aos imputáveis não se vislumbra possibilidade de cumprimento de pena de detenção em regime fechado. O *caput* do art. 33 é claro: detenção cumpre-se em regime aberto ou semi-aberto. Não se pode imaginar que o ordenamento entenda como grave uma transgressão à qual não prevê restrição completa de liberdade.

II – Está excluída qualquer hipótese de internação diante da prática de ato infracional que não seja grave. O inc. II do art. 122, fala em *outras* infrações graves que não as praticadas mediante violência ou grave ameaça (inc. I). Neste passo, não enseja a internação ato infracional com violência ou grave ameaça que não seja grave, isto é, que não seja apenado com reclusão. É o caso da lesão corporal, ou da ameaça, crimes aos quais a lei penal reservou pena de detenção.

III – Se para ser considerado grave é indispensável que o crime seja apenado com reclusão, o contrário não é verdade. Pena reclusiva é condição *necessária* mas não *suficiente* para atribuir gravidade à infração. Há crimes apenados com reclusão que, dadas suas circunstâncias peculiares, não causam qualquer perturbação mais acentuada à ordem pública como, por exemplo, pequenos furtos de objetos de escasso valor. Tal desqualificação de gravidade, contudo, se não geradora de benefícios e privilégios previstos no CP, fica reservada para a etapa seguinte de individualização da medida, onde se examinarão mais de perto as circunstâncias da infração.

Recapitulando, após ultrapassado o exame de procedência, passa-se então para uma fase na qual, valendo-se dos parâmetros do ECA e do CP, o aplicador verifica se a internação e a semiliberdade não ficam *a priori* excluídas de aplicabilidade. Ele definirá, para o caso concreto, as medidas

cominadas pelo legislador e disponíveis à aplicação no caso concreto que se fará na derradeira etapa subsequente.

5.3 Terceira etapa – a individualização da medida para o caso concreto

Excluída ou não a internação dentre as possíveis medidas aplicáveis, vai agora o aplicador chegar à etapa final de sua difícil tarefa escolhendo a medida mais apropriada ao adolescente que infracionou. Inviável listar exaustivamente as infinitas variáveis de exame relevante nesta fase, dada a riqueza de cada caso concreto, recomenda-se mostra apontar as grandes diretrizes que regem a tarefa, que são basicamente duas.

5.3.1 Primeiro princípio – a prevalência das questões subjetivas sobre as objetivas

Como se disse, dada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento o adolescente que pratica conduta descrita como crime submete-se a um sistema de responsabilização especial, inserido no ECA, no qual as circunstâncias pessoais regem prioritariamente – em detrimento das características da infração – a definição da resposta justa.

Assim, a natureza do ato infracional não se coloca como indicador suficiente de definição da medida. Sustentar o contrário significa aproximar a resposta socioeducativa da resposta penal (uma determinada leitura dela, aliás) exatamente no ponto fundamental que as distingue. Ou seja, implica trazer para este terreno uma ênfase no fato delituoso, característica do CP, cuja renúncia é o próprio marco de nascimento e diferenciação do sistema do Estatuto.⁴⁸

(47) Confira-se, na doutrina, este entendimento: LIBERATI, Wilson Donizete. Op. cit. p. 98.

(48) Não obstante esta cristalina evidência, a idéia de que a gravidade objetiva do ato infracional basta para justificar a aplicação da medida socioeducativa de internação vem

Embora, como destacado acima, a prioridade seja a pessoa, isto não significa que, nesta etapa, nenhuma relevância assuma o fato ilícito. Não se olvide, é este fato ilícito que justifica a intervenção do Estado, de modo que nunca se pode perdê-lo de vista. O art. 112, § 1.º, do ECA, com efeito, determina que “a medida aplicada ao adolescente levará em conta as circunstâncias e a gravidade da infração”. A prevalência da pessoa sobre o fato, assim, não é absoluta. Todavia, outra vez aqui o aspecto objetivo opera apenas como impediante de um tra-

tamento mais severo, jamais como determinante suficiente de certa medida. Em outras palavras, ato sem gravidade ou em circunstâncias que beneficiam o agente não permite tratamento severo ainda que as condições pessoais do jovem não sejam favoráveis. Ao revés, gravidade acentuada da conduta em circunstâncias objetivas desfavoráveis ao jovem não permite medida mais severa caso os aspectos ligados a sua pessoa o abonem.

5.3.2 O princípio da excepcionalidade da medida de internação

disseminada em incontáveis decisões da Câmara Especial do TJSP, como por exemplo ApCiv 41.453.0/7, 43.177.0/1-0, 38.019-0/0, 37.442.0/2, 39.269.0/7, 24.108.0/9, 24.117.0/0, 20.582.0/1, 22.693.0/2, 23.794.0/3, 41.271.0/6, 41.247.0/0 etc. Ao revés, muito mais sintonizadas com o ECA são as seguintes decisões: “A gravidade do ato infracional, por si só, não determina a internação, medida esta de caráter excepcional” (TJSP – ApCiv 25.082.0/6. No mesmo sentido ApCiv. 41.717.0/2). “A simples capitulação da conduta infracional, roubo, não é determinante de aplicação da medida de internação. Para aplicação da medida deve ser considerado o disposto no art. 112, § 1.º do ECA (Biblioteca dos direitos da criança ABMP – Jurisprudência – v. 01/97 AC 597016898, TJRS, 7.ª CC, Rel. Juiz de Alçada Ivan Leomar Bruxel, v.u. 28.08.1997). De incensurável precisão o seguinte julgado: “Na aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto, não se investiga o ato infracional isolado, mas a pessoa do destinatário daquelas, de molde a se aferir da necessidade ou não, de se lhe aplicar uma das medidas com vistas à adequação à vida em sociedade” (TJSP – AI 25.859-0/2 – Rel. Cerqueira Leite – In *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6.ª ed. v. 2, p. 412); Na mesma linha: “A gravidade do ato infracional não é suficiente para justificar a aplicação da medida socioeducativa de internação, relacionando-se a medida antes com as necessidades pedagógicas do adolescente e a ausência de outra resposta adequada” (TJPR Ap. 98.2314-3, Rel. Des. Dilmar Kessler, j. em 21.09.1998).

Outra grande diretriz que coordena o trabalho de individualização da medida é o princípio da *excepcionalidade da internação*. Sua exata compreensão talvez se traduza naquilo de que mais necessitem os operadores do direito. Quando assimilado com precisão seu conteúdo, o trabalho de aplicação das medidas socioeducativas experimentará notável salto qualitativo.

O princípio da *excepcionalidade* é o rector legal por excelência da aplicação da medida de internação. Tamanha é a sua relevância que se alojou no art. 227, § 3.º, inc. V da Carta Constitucional de 1988, sendo repetido expressamente no art. 121, *caput* do ECA.

5.3.2.1 Fundamento teórico da excepcionalidade – Para que se compreenda o efetivo alcance, dimensão e significado da excepcionalidade, é indispensável conhecer os seus motivos inspiradores. Ou seja, cumpre se apontem os motivos pelos quais o Constituinte e o legislador ordinário fixaram a excepcionalidade como diretriz primeira da escolha da internação.

Ao reservar para casos excepcionais a aplicação desta medida, em verdade, o legislador estava partindo da idéia de que a institucionalização total, com a segregação do infrator do meio social, é instru-

mento totalmente fracassado de controle da chamada “delinqüência juvenil”. Pior: além de ineficaz, tal sistema tem se mostrado reprodutor e reforçador desta mesma delinqüência. Trata-se de uma premissa fundamentada em estudos científicos, confirmados exaustivamente pela comunidade internacional de pesquisa. De outro lado, a quase imemorial experiência histórica, francamente fracassada, dos reformatórios e casas correccionais ensejou uma crise no sistema de contenção de jovens infratores, obrigando os técnicos a pensar outras formas de enfrentamento da questão. O consenso mundial acerca do malogro da medida de internação como estratégia de educação do jovem em conflito com a lei vem traduzido na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e outros diplomas internacionais que chegam a propor, inclusive, como ideal, sua completa abolição.⁴⁹

Em verdade, o ECA, como qualquer sistema moderno de responsabilização penal, segue as tendências criminológicas de vanguarda. Ganham força, hoje, na própria doutrina criminal movimentos tais como o do Direito Penal Mínimo (Zaffaroni), buscando reduzir ao máximo a órbita de incidência do sistema repressivo penal, e o Abolicionismo Penal: que prega sua extinção.⁵⁰ De qualquer forma é inegável, em nosso próprio

país, o avanço do movimento das penas alternativas à prisão, que busca limitar para casos realmente extremos a resposta privativa de liberdade.

Quem quer se debruce a estudar criticamente a história das prisões e dos reformatórios não encontrará voz destoante quanto aos efeitos danosos que a institucionalização provoca em sua clientela. Historicamente nunca se registrou uma prática concreta significativamente distinta na segregação de jovens (sob pretexto de reeducá-los) e na segregação de adultos (sob pretexto de punição).⁵¹ A situação atual da Febem/SP confirma diante de nossos olhos a verdade desta afirmativa.

De qualquer maneira, ainda que, em tese, se reunissem condições ideais para o tratamento do jovem infrator privado de liberdade, ainda assim o sistema seria danoso e contraproducente. Segundo a obra clássica de Erving Goffman,⁵² as casas para internação de infratores cons-

as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas (...). Se tem dito reiteradamente que o problema da pena de prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado (...). Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a pena de prisão” (in *Falência da pena de prisão, causas e alternativas*. São Paulo : RT, 1993, p. 12).

(49) Art. 37b da Convenção: “A detenção, reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado”. Mais incisivas e eloquentes, ainda, são as Regras Mínimas da Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, a qual em suas Perspectivas Fundamentais, afirmam que “não deveria ser economizado esforço para abolir, na medida do possível, a prisão de jovens”(in *Fonacriad* – Mário Volpi (org.), *Adolescentes privados de liberdade*. São Paulo : Cortez, 1997, p. 57).

(50) Cezar Roberto Bitencourt, cuidadoso pesquisador do tema, assim escreveu: “Todas

(51) Emilio Garcia Mendez adverte: “As ideologias da reeducação e substituição do conceito de pena pelo de medidas de segurança permitiram, no mundo da infanto-adolescência, a criação de uma semântica ocultadora das consequências e sofrimentos reais, muitas vezes idênticos aos imperantes no mundo dos adultos” (op. cit. p. 44).

(52) *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Perspectiva, 1996. Sobre o tema, conferir também BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 152-155.

tituem instituições totais organizadas para proteger a comunidade contra aqueles que ameacem sua ordem. Tais instituições, da mesma forma que os manicômios e as prisões, regem por completo a vida dos internos, suprem-lhe todas as necessidades e dirigem-lhes as ações em todos os âmbitos. Neste contexto, inexistem condições para o desenvolvimento de qualquer trabalho terapêutico ou pedagógico realmente eficaz. Subsiste um antagonismo natural entre o pessoal da instituição e o interno que dificulta a formação de vínculos. As iniciativas são inibidas, a individualidade é sacrificada, a intimidade é vasculhada e exposta. O contato restrito com o meio externo provoca a desculturalização no recluso, impondo-lhes hábitos que não lhe servirão à vida social normal.

É possível elencar-se outros aspectos que tornam o ambiente prisional – ainda que se lhe atribua ênfase pedagógica – fracamente nocivo ao crescimento individual:⁵³

- a) o interno se isola da sociedade e passa a conviver com outras pessoas que infracionaram, as quais potencialmente podem converter-se em suas figuras de referência.
- b) quem passa pelo sistema carcerário repressor é estigmatizado pela sociedade que, por mecanismos de estereotipia, o mantém excluído dos vínculos saudáveis, reforçando a marginalização.
- c) impõe, como forma de sobrevivência, um ajustamento pessoal ao sistema social carcerário, com valores, modelos de estratificação social, linguagem e código de conduta próprios (código do recluso). A adaptação a este sistema, em completo antagonismo ao da sociedade livre, favorece a incorporação, pelo recluso, de padrões desajustados ao convívio social normal (prisionalização). Apro-

funda-se, assim, a identificação com os valores marginais.

- d) em muitos casos o aprisionamento desencadeia crises psicóticas e a emergência de problemas mentais que, freqüentemente não tratados, comprometem para sempre a recuperação da pessoa (psicoses, depressão e reações carcerárias). O ambiente é propício, também, para o agravamento das neuroses.
- e) há invariavelmente, como demonstram as pesquisas, sério comprometimento na auto-estima daquele que ingressa, sobretudo pela primeira vez, no ambiente prisional. A queda no autoconceito, além de induzir à depressão, favorece o isolamento e reforça a falta de iniciativa do detento.
- f) a abstinência sexual induz à agressividade, à violência, ao homossexualismo forçado e à falência do vínculo conjugal ou afetivo mantido pelo recluso com pessoa do sexo oposto. Há, assim, uma dissolução dos elos sociais de apoio do interno, comprometendo sua aceitação na fase de egresso.
- g) as constantes situações de conflito e o testemunho de reiteradas injustiças praticadas por outros reclusos e pelos agentes institucionais fortalecem um descrédito na justiça e mantêm o recluso sobre clima permanente de estresse. Desenvolve-se uma tendência a se valer da violência como padrão de solução dos conflitos⁵⁴ ou, ainda, a estabelecem-se vínculos de dependência em face daquele que vendem proteção.

(54) “A violência constante a que são submetidos, física, emocional e psíquica, vai adquirindo, aos poucos, um sentido de normalidade. Ela se torna necessária, para seguir vivendo e num certo nível, os sentimentos e valores se acomodam à noção da morte próxima ou da morte do outro como algo já

(53) Adaptado do texto de BITENCOURT, Cesar Roberto. Op. cit. p. 142-209.

- h) há constante risco à integridade física e ao envolvimento em motins. A fuga, expressão de protesto contra as condições desumanas a que os presos são submetidos, contribui para a definitiva exclusão social do fugitivo, porquanto sem acesso à documentação, não tem como exercer atividade lícita.
- i) há grande possibilidade de se assumir a identidade de infrator.

Os estudiosos cunharam um termo que define uma verdadeira síndrome que contamina, em geral, a pessoa mantida em unidades de contenção: *institucionalismo*, definido como "afecções psíquicas ou somáticas causadas pela relação social estabelecida entre a instituição e sua clientela, principalmente pela acentuação dos vínculos endógenos e enfraquecimento das interações com o mundo extrainstitucional" (SOUZA, Horácio Ribeiro de. *Institucionalismo: a perda das instituições*. Temas Imesc, v. 1., n. 1, p. 23-24, publicação do IMESC da Secretaria da Justiça).

Estes efeitos nocivos do encarceramento potencializam-se mais ainda quando os internos são pessoas em pleno desenvolvimento psicossocial, ou seja, adolescentes, conforme já expusemos no início deste texto (item 2.c supra).

A ser cumprida, pois, numa instituição de caráter total, a medida de internação está fadada ao insucesso. Embora o ECA e a normativa internacional objetivem a desarticulação do caráter total da privação de liberdade,⁵⁵ as dificuldades em se

dado, inevitável. Os atos não se medem pela escala do certo ou do errado, mas do necessário e do possível" (Coord. José J. Queiroz - *O mundo do adolescente infrator*. 3. ed. São Paulo : Cortez, 1987, 3. ed. p. 150).

⁽⁵⁵⁾ Vejam-se: ECA, art. 122, § 1.º e art. 94, § 2.º; pontos 59, 80 e 87. das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade ONU e ponto 26.6 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração

alcançar qualquer melhoria no sistema são incontornáveis. A propósito, calha a lição da professora Paula Inez Cunha Gomide, da Universidade Federal do Paraná: "As instituições correccionais, nos países desenvolvidos, chamadas de comunidades terapêuticas, chegam a ter uma relação de um funcionário para um interno, contando com equipe técnica especializada e custos operacionais mais elevados que os de certos colégios da Suíça. Apesar de toda esta infra-estrutura os resultados têm sido pouco satisfatórios. Bondesen (apud Feldman, 1977) avaliou treze instituições suecas, 'descritas como pequenas, abertas e orientadas para o tratamento' e conclui que em todas elas a criminalização, o uso de drogas, a institucionalização e a alienação ultrapassam quaisquer efeitos positivos obtidos, pois apenas 3% dos internos diziam ter sido ajudados pela instituição contra 63% que afirmavam terem sido extremamente prejudicados" (in *A instituição e a identidade do menor infrator*. Revista Psicologia, Ciência e Profissão, ano 8, v. 1/88, p. 20-21).

Vale sempre enfatizar portanto que, sendo equivocada a internação em sua própria origem, por mais que as condições reais de sua execução melhorem ela ainda continuará inadequada a seus propósitos, sejam eles curativos ou educativos.

Não há como se desenvolver um trabalho terapêutico num ambiente de contenção, onde a individualidade da pessoa é naturalmente inibida. A psicoterapia, em particular, não pode tornar-se item de um programa de observância compulsória, vez que depende da disponibilização interna do sujeito em reconhecer seu problema e aceitar ajuda. Tem de ser opção e não imposição. De outro lado, ao acumular, na instituição, o papel de avaliador da medida, não conta o psicólogo com condições mínimas de enquadre psicoterápico. Por fim, o ambiente arti-

de Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing).

ficial no qual se insere o interno suprime-lhe a vivência de relações significativas indispensáveis ao avanço do processo terapêutico.

De outro lado, *impossível, também, sob regime de segregação forçada, o estabelecimento de um vínculo pedagógico autêntico* entre o profissional da instituição e sua clientela. Afora o antagonismo natural entre o recluso e o pessoal da entidade como ressalta Goffman, o caráter coercitivo do estudo, o perene anseio de liberdade e a expectativa de recuperá-la a cada momento subtraem a atenção do educando. Ademais, reproduzem-se, na instituição, as dificuldades que usualmente o conduziram a evasão escolar na comunidade e que, remanesecendo intocadas, comprometem seu aproveitamento. A propósito, Gloria Maria Galego Garcia (com auxílio de Ferrajoli in *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995 p. 271), vai mais longe: "Portanto, a privação de liberdade, ao segregar o menor do meio social evidentemente não pode pretender reeducar: 'repressão e educação são definitivamente incompatíveis, como são a privação de liberdade e a liberdade mesma, que constitui a substância e o pressuposto da educação, de maneira que a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o menos repressivo possível e, por conseguinte, o menos dessocializador e deseducador possível'." (in *Tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia*, Revista Estudios de Derecho da Universidad de Antioquia, Medellin, Colombia. Vol. LVI, 369:378).

A internação, como se vê, tem poucas chances de trazer algum ganho ao adolescente e, em contrapartida, tem ampla possibilidade de causar-lhe sério prejuízo. São os especialistas que o dizem: "As pesquisas de Feldman (1977) sugerem, primeiro, que as experiências carcerárias aumentam de fato a probabilidade de reincidência após a libertação e, segundo, que isto ocorre devido aos efeitos

nocivos da vida na instituição, em geral, e na prisão em particular. Caso especialistas fossem convocados a planejar um sistema dedicado a treinar adolescentes para a delinquência, dificilmente conseguiriam produzir algo melhor que nosso sistema vigente de instituições correccionais" (GOMIDE, Paula. *Menor infrator, a caminho de um novo tempo*. Curitiba, Juruá, 1990, p. 26).⁵⁶

Pautado nestas conclusões, ouça a propósito, o que diz com propriedade um jurista, arrematando todo o tema: "Nesta

(56) Neste sentido, com garantia de neutralidade científica e apartado de qualquer debate ideológico acerca das questões, têm-se o parecer de dois psiquiatras norte-americanos: "Os reformatórios e os centros de reclusão podem dispor de programas terapêuticos, de reabilitação ou educativos, ou simplesmente oferecer nada mais do que vigilância. As provas de que o encarceramento reduz a reincidência não são alentadoras (Griffin e Griffin, 1978; Multvey *et al.* 1993). Ao se internar o jovem em tais instituições pode-se expô-los a uma subcultura da delinquência nociva e sofisticada em que podem aprender e reforçar condutas desviadas. Estas preocupações, assim como o êxito de alguns programas baseados em sua aplicação dentro da comunidade local tem conduzido a tentativas de se tratar a delinquência fora dos programas institucionais (Wicks Nelson, Rita e Israel, Allen C., *Psicopatología del niño e del adolescente*. Madrid: Prentice Hall, 1997, p. 204). Mus-sen, Conger e Kagan, em seu clássico manual de psicologia do desenvolvimento, após analisarem vários estudos controlados sobre o tema, sentenciam: "Abordagens mais tradicionais como a punição ou confinamento a instituições *correccionais* só têm no geral contribuído para piorar a situação. Estas abordagens submetem o jovem a experiências psicologicamente traumatizantes e amargas, ao mesmo tempo em que propiciaram pouca ou nenhuma ajuda psicológica, educacional ou vocacional; por outro lado, serviram como escolas de 'aperfeiçoamento' para futura conduta criminal" (in *Desenvolvimento e personalidade da criança*. São Paulo: Harbra, 1977, p. 528).

ótica, não temos dúvidas em afirmar que, do elenco das medidas socioeducativas, a que se mostra com as melhores condições de êxito é a da liberdade assistida (...). E, no outro extremo deste mesmo olhar, vislumbra-se que a internação é a medida socioeducativa com as piores condições para produzir resultados positivos. Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de projeto de vida, os adolescentes internados acabam ainda mais distantes da possibilidade de um desenvolvimento sadio. Privados de liberdade, convivendo em ambientes, de regra, promíscuos e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecerem, sim, de má índole, natureza perversa, alta periculosidade, enfim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinquência (os irrecuperáveis, como dizem deles). Desta forma, quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predispostos a condutas violentas e anti-sociais. Daí a importância de se observar atentamente as novas regras legais referentes à internação, especialmente aquelas que dizem respeito à excepcionalidade da medida, sua brevidade e, a todo tempo, o respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (Olympio Sotto Maior in *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, Munir Cury (org.), São Paulo, Malheiros, 1996, 2. ed. p. 341).⁵⁷

(57) Outra ilustre comentadora do ECA também afirma, por exemplo, que “a falência da institucionalização de crianças e jovens vem demonstrada em vasta bibliografia” (Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 556). Paulo Afonso Garrido de Paula, in *Temas de direito do menor*. São Paulo: RT, 1987, p. 146, já sob a égide do Código de Menores lecionava que o ‘legislador meno-

5.3.2.2 Fundamentos jurídicos da excepcionalidade – A definição do conteúdo de tal princípio pode ser buscado, inicialmente, no próprio sentido da palavra excepcionalidade. *Excepcional*, segundo o Dicionário Michaelis, é adjetivo que significa. 1. Em que há exceção. 2. Relativo a exceção. 3. Invulgar. 4. Ex-cêntrico. 5. Extraordinário. Claro, pois, que sendo excepcional a medida de internação não pode ser de aplicação co-

rista constatou a total inadequação dos estabelecimentos destinados ao confinamento de menores como instrumentos de promoção da criança ou do adolescente infrator”. O Desembargador Amaral e Silva, ilustrou sua palestra *A criança e o adolescente em conflito com a lei* (in: SEMINÁRIO. Adolescentes em conflito com a lei e as medidas socioeducativas: implementando o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 29 e 30/Nov. 1995. Brasília: INESC – Instituto de Estudos Sócio-Econômicos, 1995), com esta eloquente referência: Afrânio Peixoto (in *Criminologia*. Saraiva: São Paulo, 1953) criticando o critério do discernimento e a redução da idade da responsabilidade penal, advertia: “Simplesmente abominável. Antes tivesse sido a lei omissa em todos esses casos porque ‘quando um menor comete um delito e o deixamos fugir, são menores as probabilidades que torne a praticar novo crime, do que se o punimos’ (Von Liszt) Como castigo de uma culpa somenos, vai a justiça tonta levá-lo ao cárcere, onde, na ‘universidade do crime’ (Garraud) aprenderá o que lhe falta, dos veteranos e dos inveterados, para exercer cá fora, no primeiro momento, talvez com aquela ânsia sôfrega que têm os doutrinários de ensaiar, na experiência, um conhecimento adquirido. De um menino ou um rapaz culpado de falta venial, vamos fazer, consciente-mente, ineptamente, criminosamente, um celerado, que nos vai punir pela nossa inqualificável cegueira ou estupidez, com outros e multiplicados crimes. Será, se me permitem comparação, segregar um doentinho de sarampão, num hospital de pestosos: e tal imbecil sociedade ainda chamará ‘criminoso’ ao menor delinquente, que ela vai transformar em grande celerado (...).”

num, deve necessariamente fugir à regra. Conclui-se, pois, que *a regra é a aplicação de medida distinta da de internação*. A regra é a medida em meio aberto. Neste sentido, ainda, é o que dispõe o art. 100 c.c. art. 113 do ECA. Na escolha da medida socioeducativa devem-se priorizar aquelas que estimulem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, ou seja, aquelas nas quais estes vínculos são preservados.

Num segundo plano, vamos buscar uma primeira definição mais técnica do princípio da excepcionalidade no art. 37.b da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, incorporada ao direito interno pelo Decreto Legislativo 28/90. A Convenção, fonte inspiradora do ECA,⁵⁸ consigna que “a detenção, reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei somente e *apenas como último recurso*” (art. 37.b). A mesma regra vem disposta, de forma um pouco mais analítica no art. 122, § 2.º do ECA: a medida de internação não pode ser aplicada havendo outra medida adequada.

Parte-se, assim, da idéia de *que a regra é a medida em meio aberto*. Esta, a princípio, deve sempre ser a primeira opção de regime socioeducativo. Presume-se por questão de lógica decorrência legal, ser o regime aberto aquele mais adequado para todos os casos. A excepcionalidade do caso, pois, *deve vir demonstrada de forma a ilidir a presunção de adequação de regime mais brando*. Daí decorre uma consequência processual fundamental: cabe ao MP demonstrar, segundo as circunstâncias concretas da hipótese focalizada, que outra medida não seria suficiente para o alcance dos ideais educativos eleitos por lei como instrumento de defesa social mais eficaz. Veja-se, a respeito, a lição de Emilio Garcia Mendez: “Pode-se afirmar que esta última disposição § 2.º do art. 122 do ECA ‘inverte o ônus da prova’, obrigando

do o juiz a demonstrar, fundamentadamente, os motivos que impossibilitaram a aplicação de uma medida diferente da internação” (in *Das necessidades aos direitos*. Série direitos da criança 4. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 112).

Tal demonstração implica rigorosa investigação, cujo instrumento, por excelência, é o raciocínio *indutivo*, que alcança uma conclusão a partir exame metódico da realidade fática em toda sua complexidade e individualidade. Algo completamente diverso das usuais generalizações obtidas por raciocínio *dedutivo* a partir de premissas pouco rigorosas, fixadas ao sabor da ideologia pessoal que inspira cada aplicador. Cuidam-se, na verdade, de convicções subjetivas erigidas à categoria de presunções, sem, todavia, qualquer amparo jurídico. Elas, a despeito de sua total falta de sustentação à luz da ciência e do direito posto, bem como da boa lógica, conformam o alicerce mais comum das sentenças e acórdãos de internação hoje proferidos. Seguem alguns exemplos mais comuns:

a) *A gravidade do ato infracional praticado pelo jovem revela comprometimento pessoal tão acentuado que somente a medida de internação mostra-se capaz de ressocializá-lo*.⁵⁹ Tratam-se, aqui, em verdade dois juízos distintos, formadores de um raciocínio completamente equivocado. *Primeiro Juízo*: ato grave revela alto grau de comprometimento subjetivo. *Segundo Juízo*: alto grau de comprometimento subjetivo somente pode ser enfrentado através da medida de privação de liberdade. *Primeiro*: É certo que a gravidade objetiva do ato infracional, em si, pouco revela sobre a

(58) Embora o ECA preceda em publicação a Convenção, seu texto é claramente inspirado no anteprojeto da Convenção.

(59) Por exemplo, veja-se: “Medida socioeducativa de internação de servir de parâmetro ao adolescente para que possa compreender o desvalor do ato infracional perpetrado (ApCiv 34.072-0/1 – Rel. Cunha Bueno. De idêntico teor, entre outros inúmeros julgados ApCiv 34.335-0/2, 41.401.0/0, 41.408.0/2, 43.479.0/0, 38.780.0/1 etc.).

personalidade de um adolescente. Personalidade é um conceito psicológico que envolve traços de permanência. Um ato isolado, ou visto de forma isolada, ainda que grave, não revela quem é na verdade a pessoa. A partir de um ato isolado não se constrói raciocínio dedutivo rigoroso. Depois, a personalidade do adolescente tem características que tornam ainda menos patognomônico um único comportamento. Mais, os atos infracionais não são praticados isoladamente. Seu formato é muitas vezes um fenômeno atribuível ao grupo, outra vez completamente atribuível a um membro do grupo. *Segundo*: Ainda que o comprometimento da pessoa seja sério, a internação é ainda e será sempre o regime *menos* apropriado a promover a educação esperada. É um equívoco, atentatório a tudo o que demonstra a experiência histórica e os estudos científicos, achar que a internação tem, efetivamente, um efeito pedagógico significativo.

b) Apenas com o regime de internação, ou seja, com uma resposta severa do Estado, o jovem compreenderá que infracionou gravemente. Primeiro, não se tem claro se em todos os casos o jovem realmente infracionou porque não reconheceu a gravidade da infração. Parte-se da idéia equivocada de que quem reconhece a gravidade de certa conduta não a põe em prática. *Segundo*, é claro que o jovem que inicialmente subestime a gravidade de seu ato pode conscientizar-se dela ainda que não receba o tratamento mais severo por parte do Estado. A autocritica e a reflexão são características humanas universais e naturais. Não pressupõem o sofrimento para emergirem. Na maioria das vezes as pessoas percebem a dimensão dos atos simplesmente pensando sobre eles em momento posterior. *Terceiro*, O Estado pode ser severo sem ser draconiano, sem ser irracional, porque a privação de liberdade é francamente prejudicial à educação e ressocialização do adolescente. Sujeito ao código do recluso e à prisionalização

peculiares às unidades de contenção, sob medida de internação o jovem tem enormes chances de, oprimido pelo ambiente, não se conscientizar da gravidade de sua transgressão e, além disso, assumi-la como expressão legítima de si. *Quarto*, a liberdade assistida ou a prestação de serviços comunitários, de outro lado, ao submeterem o jovem a um programa de observância coercitiva, com alteração em sua rotina de vida, são plenamente hábeis a revelar a dimensão do erro praticado. *Quinto*, nem sempre o jovem estabelece relação de causalidade entre a gravidade do que fez e a severidade da sanção recebida, procurando creditar esta última a outros inúmeros fatores. *Por fim*, incorre a afirmação comentada no equívoco de iniciar-se com a palavra *apenas*. Dizer-se que sem a privação de liberdade um jovem que praticou roubo não conseguirá compreender que infracionou gravemente é, assim, uma generalização apressada e incorreta.

c) O fato de o adolescente ter infracionado significa que sua retaguarda familiar é frágil e insuficiente (se assim não o fosse ele não teria infracionado), o que torna inelegível a liberdade assistida, a qual pressupõe ampla capacidade por parte de parentes e responsáveis do jovem. Outra vez aqui, dois juízos. Primeiro Juízo: ato infracional grave significa sempre falta de respaldo familiar. Inexiste nexo de causalidade ou correlação necessária entre um termo e outro da sentença. Ainda que a família de fato estivesse negligenciando naquele momento o acompanhamento do jovem, é evidente que a superveniência do ato infracional desencadeia a mobilização do grupo familiar, ensejando um acompanhamento mais rigoroso dos passos do jovem. *Segundo Juízo*. Sem retaguarda familiar, inviável a aplicação da liberdade assistida. Tal regime não pressupõe pais desde logo plenamente preparados. Este amadurecimento é, aliás, algo que cumpre ao orientador da medida promover (art. 119). Depois, ainda que fosse de fato

inexistente a retaguarda familiar, isto não conduz desde logo à medida de internação. A família deve ser amparada com base nas medidas do art. 129 pelo conselho tutelar.

d) *Deve haver tratamento severo para que não se difunda a idéia de impunidade.*⁶⁰ De uma vez por todas deve ser abandonada a idéia de que um tratamento, para ser severo, necessita incluir a segregação. Não é porque não há prisão que haja impunidade. Subsistem, em verdade, inúmeras formas de responsabilização penal que prescindem da subtração completa da liberdade do transgressor para representarem enérgica reação estatal a uma transgressão. Tratam-se das sanções alternativas à prisão, tendência irrefreável dos sistemas penais contemporâneos, tendo em vista o consenso internacional de que a privação de liberdade e a segregação do criminoso são providências caras, ineficazes, e agravadoras do problema que elas próprias buscam resolver. Aliás, *Beccaria*, cerca de duzentos anos atrás já advertia que “o rigor do suplício não é que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição (...) A perspectiva de um castigo brando, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o impreciso medo de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de não punição”.⁶¹

⁽⁶⁰⁾ Veja o que disse a seguinte decisão do TJDF: “As medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser aplicadas conforme as circunstâncias e a gravidade de cada conduta, a fim de que não induzam à idéia de impunidade. É ininvocável constrangimento ilegal por excesso de prazo, se a instrução se encontra encerrada.” (*Biblioteca dos direitos da criança ABMP – Jurisprudência* – v. 01/97 – HC 7.424/96-DF, Ac. 91.101, TJDF, 1.^a T. Crim. Rel. Des. Lécio Resende da Silva, v.u., 05.12.1996, DJ/DF II/III, 19.02.1997, p. 1.870).

⁽⁶¹⁾ *Apud* texto publicado em <http://www.pmf.gov.br/~gazoto/sistpun.htm>.

Assim, como bem demonstrado, *estas assertivas não fazem prova que desautorize a presunção de cabimento da medida em meio aberto*. O ser humano – de resto como toda realidade humana – é um fenômeno infinitamente complexo. Suas condutas não se regem por leis gerais. Mesmo que seus contornos exteriores sejam assemelhados, os eventos do mundo humano normalmente são frutos de complexa combinação de fatores que reafirmam continuamente a total singularidade de cada um a cada momento. Assim, não se encontrar a medida socioeducativa mais adequada sem se pesquise esta realidade peculiar que subjaz atrás do evento ilícito. É tal pesquisa tanto melhor será quanto mais transcenda o olhar meramente jurídico (de tendência generalizante), ganhando leituras de outras ciências como a psicologia e o serviço social (com abordagem de cunho mais clínico). É neste espaço que o magistrado necessariamente deve ir buscar subsídios para fundamentar a excepcionalidade da hipótese sob julgamento (afastando a adequação de outras medidas mais brandas), e, assim, aplicar a medida de internação se os demais requisitos legais estiverem presentes.

5.3.2.3 Redefinição dos objetivos da internação à luz da excepcionalidade – O objetivo da internação, tendo em vista tratar-se de instrumento inadequado à realização do propósito para o qual foi criada, é mais simbólico, ou seja, de funcionar instrumento garantidor da eficácia e do dever de cumprimento das medidas mais brandas. Pressupõe, por ordem legal expressa, a prévia testagem prática de outros regimes menos gravosos, com demonstração empírica de fracasso. Uma vez aplicada, deve servir simplesmente como catalisador de um processo de reflexão no jovem e mobilizador de meios para que tal processo possa prosseguir em meio aberto.⁶² Ela, com toda certeza não se presta a:

⁽⁶²⁾ Veja alguns critérios delineados para cabimento da medida de internação: “A medida

I – introjetar no adolescente valores morais. Interessa ao Estado que o jovem não infracione, somente isto. O poder público não tem legitimidade para forjar a consciência de seus cidadãos exigindo que sigam determinada cartilha moral, que sintam culpa, ou que se solidarizem com a vítima. Ao Estado interessa apenas que o cidadão, por exemplo, não ultrapasse o sinal vermelho. Pouco importa à ordem social se ele obedece às regras de trânsito por respeito ao outro ou por medo da multa. Neste sentido, a mobilização familiar gerada pelo ato infracional, associada ao trauma da captura e passagem pelo sistema policial-judicial, apresenta-se muitas vezes como resposta suficientemente aversiva para a extinção da conduta transgressora – eliciadora da resposta indesejada – no repertório comportamental do jovem. Nem sempre é preciso que ele se arrependa, que chore pela vítima para que decida não mais transgredir. Por isto, a internação não se justifica como meio de introjetar valores. Até porque é instrumento inadequado para isto.

II – cura de problemas psiquiátricos. Jovens que infracionam por deficiência ou doença mental, não podem receber medida socioeducativa de internação (ver item 5.1.a supra). Ademais, como conseguir isto em um regime que estimula os problemas psiquiátricos?

de internação é o remédio extremo, a que somente o reincidente recalcitrante, que não trabalha nem estuda, nem demonstra sinais de recuperação, deve ser submetido” (RJ TJRGS 166/277). “A internação somente deve ser admitida em casos excepcionais, quando baldados todos os esforços à reeducação do adolescente, mediante outras medidas socioeducativas” (TJSP – ApCiv 22.716-0 – Rel. Yussef Cahali). Emílio Garcia Mendez entende que “a privação de liberdade é uma medida excepcional e último recurso que deveria ser somente o resultado possível de infrações gravíssimas” (in *Publicação do Conanda*, cit., p. 8).

III – obtenção de dinâmica psicológica interna perfeita. Como conseguir isto em regime de internação se a internação desestabiliza? Ademais, nem a mais eficaz das psicoterapias, ministrada por décadas, teria condições de alcançar tal objetivo, mormente se esta dinâmica psíquica está em fase de acomodação de forças, peculiar à adolescência.

IV – conquista de um respaldo familiar favorável. Se o problema está em sua família, não é lógico punir o jovem.

V – Em resumo, *qualquer providência de caráter assistencial*. Se o jovem é desamparado, carente, analfabeto, doente, drogado, ameaçado de morte, objeto de exploração sexual ou de maus tratos, seu problema não interessa ao Juiz da Infância e Juventude, mas sim ao Conselho Tutelar. Se o jovem infraciona porque está nestas condições não é através de medidas socioeducativas que sua problemática deva ser equacionada. Somente se a infração resultar de outra ordem de fatores a medida socioeducativa se justifica e sua missão, ainda assim, não será suprir a demandas que as políticas públicas de base não atenderam. De uma vez por todas, o Poder Judiciário não é órgão de assistência social⁶³ e muito menos a

⁶³ A propósito, confira-se a lição de Antonio Carlos Gomes da Costa com clareza que lhe é peculiar: “O Estatuto traz como um de seus principais avanços a separação dos casos sociais – encaminhados aos Conselhos Tutelares – daqueles que envolvem conflito de natureza jurídica, estes, sim, matéria de decisão judicial. (...) De fato, uma das grandes falhas do antigo Código de Menores foi agrupar sob o mesmo rótulo de “menores em situação irregular” crianças e adolescentes (i) desprovidos de meios para satisfação de suas necessidades básicas (carentes), (ii) privados de qualquer tipo de assistência familiar (abandonados) e (iii) em conflito com a lei em razão do cometimento de delito (infratores). A consequência prática desse amalgamento dos casos puramente sociais com aqueles que envolviam conflito de natureza jurídica foi transformar os julgados de menores no desagudouro dos

medida de socioeducativa – especialmente a de internação – um dos instrumentos para fornecer esta assistência.

5.4 *Exemplos de pontos a serem verificados na etapa de individualização da medida à luz de seus princípios informadores*

Direcionado pelos princípios diretores acima mencionados (priorização das circunstâncias pessoais do infrator e excepcionalidade da medida de internação) passa-se, então, ao processo de individualização da medida propriamente dito.

Dentre as circunstâncias da infração (art. 112, § 1.º do ECA) destaque-se, como de investigação compulsória:

a) o grau e a natureza da participação do jovem no ato infracional, se foi ele quem protagonizou a ação.

b) o *modus operandi*, com maior ou menor profissionalismo na execução do ato infracional.

c) efetiva lesão do bem jurídico tutelado ou risco de lesão.

d) o contexto mediato e imediato onde emergiu a conduta transgressora.

problemas sociais do município, forçando-os a assumir, além da sua natureza função judicante, o papel de simulacro de órgão de assistência social. (...). Tal mecanismo colaborou de maneira decisiva no surgimento e na consolidação, entre nós, da mentalidade de que as crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, mais que um problema das políticas sociais do município, são “um problema do juiz” e dos órgãos estaduais criados para servir-lhes de retaguarda, as Febem(s) (*Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor*). A Justiça de Menores, no interior desse modelo, passou a ser utilizada, não como mecanismo de controle social do delito mas como mecanismo de controle social da pobreza, uma vez que os juizes se viram convocadas a, numa triste simulação de dirigente social, atuar no terreno baldio (área de não-cobertura) das políticas públicas” (in *Série direitos da criança*. São Paulo : Malheiros, 1994, v. 1).

e) a extensão subjetiva da adesão do jovem ao ato.

A gravidade (art. 112, § 1.º do ECA) que releva nesta etapa ponderar é a que diz respeito ao caso concreto. A gravidade em abstrato já foi ponderada na segunda fase para fins de exclusão ou não da medida de internação.

Neste momento, também, cabe ao aplicador considerar todas as circunstâncias que na esfera penal seriam relevantes na fixação da pena. Garante-se, assim, que a idade não desfavoreça o jovem. Impõe-se, assim, considerar a presença das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP⁶⁴ e a presença de eventuais atenuantes ou agravantes (arts. 61-68 do Código Penal).

Às ponderações sobre as circunstâncias do ato infracional somam-se, agora, aquelas que – já incluídas ou não nas circunstâncias judiciais ou legais – dizem propriamente respeito à pessoa do adolescente. Cabe, então, atentar-se para:

a) aspectos psicológicos do jovem.

b) aspectos familiares.

Nesta operação deve o julgador valer-se do precioso auxílio de um relatório multidisciplinar, subscrito por psicólogo e assistente social (ECA, art. 186, *caput* e § 4.º). Ele, contudo, como se sabe, não está adstrito a pareceres técnicos.⁶⁵ To-

⁽⁶⁴⁾ No esboço de anteprojeto de lei de execuções de medida sócio educativa, o Des. Amaral e Silva sugere a seguinte alteração do ECA: “Art. 97 – O § 1.º do art. 112 da Lei 8.069 de 13.07.1990 passa a vigorar com a seguinte redação: “O juiz, atendendo à responsabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do ato infracional, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reintegração sociofamiliar do adolescente, a reprovação e prevenção do ato infracional, a medida aplicável dentre as cominadas.”

⁽⁶⁵⁾ AgIn 38.479.0/8, 45.573.0/3, 41.739.0/9, 41.741.0/1 e 39.967.0/2.

davia, a rejeição da opinião técnica deve ser necessariamente fundamentada (o sistema é o do livre convencimento *motivado*), e deve obrigatoriamente basear-se em desacordo da opinião técnica com o espírito da lei, cuja salvaguarda intransigente é sua. Ou seja, o laudo pode ser rejeitado por seus juízos de valor, não em seus juízos de fato.⁶⁶ Estes últimos somente podem ser afastados através de outra avaliação técnica.

6. Conclusão

A pretensão do texto, mais do que fornecer um quadro acabado de referência, é a de estimular a reflexão e o debate sobre os relevantes pontos apresentados. As colocações lançadas estão ainda, para os próprios autores, em fase de acomo-

dação e sistematização, sujeitas, pois, a contínua revisão.

De qualquer maneira, o quadro seguinte sistematiza de maneira geral a essência do que foi formulado:

ETAPAS DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

1.ª etapa – Exame de procedência

Pergunta – É possível aplicar medida socioeducativa?

Princípio – A aplicação de medida socioeducativa pressupõe ação socioeducativa julgada procedente, o que se dá somente se, em idênticas condições, fosse proferido um decreto condenatório na esfera penal.

Pontos a serem verificados	Regência legal
Prova suficiente de autoria e materialidade, colhida à luz do devido processo legal,	CCP – ECA – CF
de conduta típica, antijurídica, culpável e punível	CP por remissão art. 103 do ECA

2.ª etapa – Cominação – ou delimitação do rol de alternativas socioeducativas à disposição do magistrado

Pergunta – Está a medida de internação disponível para aplicação?

Princípios – 1. O adolescente não pode ser responsabilizado mais severamente que o adulto imputável.

2. Não existe possibilidade de medida socioeducativa de internação fora das hipóteses do art. 122 do ECA.

Pontos a serem verificados	Regência Legal
Exclusão da medida de internação pelos critérios do ECA	Art. 122 do ECA
Exclusão da pena restritiva de liberdade na esfera criminal, considerando privilégios, causa de aumento e diminuição de pena e privilégios do crime	CP

⁽⁶⁶⁾ Usualmente os pareceres são rejeitados com base em suposições de que não retratam a realidade, suposições lastreadas em deduções genéricas situadas no movediço terreno da impressão pessoal. Ora, a im-

pressão pessoal do magistrado, de cunho dedutivo, não tem força lógica para desautorizar conclusão angariada através de método científico indutivo, como é aquela produzida pelos técnicos.

3.ª etapa – Individualização – ou definição da medida socioeducativa adequada entre as não excluídas

Princípios – 1. preponderância dos aspectos subjetivos sobre os objetivos.

Pergunta – Qual a medida socioeducativa mais adequada?

2. excepcionalidade da medida de internação.

Pontos a serem verificados	Regência legal
Circunstâncias concretas da participação do jovem no ato infracional	ECA e CP
Circunstâncias judiciais e legais	CP
Circunstâncias relativas a sua pessoa, seu meio, sua família	ECA