ISSN 2175-5760

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 26/2010

ECA: APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A ADOLESCENTES

Esplanada dos Ministérios | Bloco T | 4º andar | sala 434
e-mail: sal@mj.gov.br | CEP: 70064-900 | Brasília – DF | www.mj.gov.br/sal

Secretaria de Assuntos Legislativos
Ministério da Justiça
BRASIL UM PAÍS DE TODOS GOVERNO FEDERAL
UFBA UNIVERSIDADE NOVA
PNUD Brasil

Secretaria de Assuntos Legislativos
Ministério da Justiça
BRASIL UM PAÍS DE TODOS GOVERNO FEDERAL

PROJETO PENSANDO O DIREITO

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 26/2010 – versão publicação

ECA: Apuração do Ato Infracional Atribuído a Adolescentes
Convocação 01/2009

Universidade Federal da Bahia
UFBA

Coordenação Acadêmica
Prof. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

Equipe
Karyna Batista Sposato
Davi Castro Silva
Carolina Grant Pereira
Deivson Santos
Natália Petersen

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)
Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434
CEP: 70064-900 – Brasília – DF
www.mj.gov.br/sal
e-mail:sal@mj.gov.br

UFBA UNIVERSIDADE NOVA

PNUD Brasil

Secretaria de Assuntos Legislativos | Ministério da Justiça

BRASIL UM PAÍS DE TODOS GOVERNO FEDERAL

CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem o prazer de apresentar uma nova série de cadernos do "Projeto Pensando o Direito", trazendo a público os resultados de pesquisas realizadas por instituições acadêmicas que trabalharam em parceria com a SAL ao longo do ano de 2009.

Mais do que mera prestação de contas à sociedade, as publicações representam o êxito de um novo modelo de relacionamento entre Estado e academia jurídica. Sem abdicar do respeito pleno à autonomia científica, propõe-se um trabalho aberto, crítico e colaborativo, que almeja construir alternativas qualificadas aos entraves práticos e teóricos que circundam o processo de elaboração normativa. Como reconhecimento de sua qualidade e de seu caráter inovador para a gestão pública federal, os contornos do Projeto Pensando o Direito têm servido como base a outras ações governamentais que buscam aproximar a produção acadêmica do cotidiano estatal.

Ganha o Estado no momento em que alcança seu objetivo primário, qual seja, a qualificação dos debates travados no âmbito do Ministério da Justiça e do Congresso Nacional; ganha a academia jurídica – e aqui certamente encontra-se uma das maiores vitórias do projeto – no momento em que se abrem possibilidades de aplicação prática à produção científica e de participação efetiva no debate político.

O resgate da crença na política legislativa, a percepção de que o debate jurídico também ocorre no momento formativo da lei e o renascimento da participação acadêmica nas instâncias políticas decisórias contribuem, de modo inequívoco, para a (re)definição dos rumos da pesquisa e do ensino jurídico no Brasil. A pesquisa aplicada e o interesse pelo processo legislativo devolvem relevância ao momento da gênese legislativa e, em última instância, revigoram as características constituintes da cidadania. Renova-se a sensação de pertencimento; recorda-se a importância de participação.

É esta, em suma, a visão do Projeto Pensando o Direito: um modelo de produção normativa aberto e efetivamente democrático, permeável à contribuição sócio-acadêmica, que resgate a importância do processo legislativo e restaure os laços positivos existentes entre política e direito. Um desenho institucional que qualifique os esforços governamentais e, de outro lado, estimule a legítima participação daqueles que têm na lei posta seu objeto cotidiano de trabalho.

Este caderno integra o segundo conjunto de publicações da Série Pensando o Direito e apresenta a versão síntese da pesquisa. Sua versão integral pode ser acessada no sítio eletrônico da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em www.mj.gov.br/sal.

Brasília, julho de 2010.

Felipe de Paula
Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

A Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, ao apresentar o relatório final do Projeto de Pesquisa "Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência" quer destacar a importância desta iniciativa do Ministério da Justiça através da Secretaria de Assuntos Legislativos em promover uma avaliação científica calcada em dados da realidade da Lei 8069/90. Isto ocorreu, sobretudo, em razão da metodologia empregada, que previu o acesso direto ao Poder Judiciário, permitindo uma análise próxima e concreta de seu comportamento e dos demais atores do processo, diante da medida de internação aplicada ao adolescente infrator. As conclusões alcançadas, embora não possam ser consideradas isentas, no que tange aos valores do observador – sujeito sempre comprometido com o objeto do seu estudo –, têm o mérito de encontrar apoio e limites nos dados levantados.

O envolvimento da Universidade e de pesquisadores da área acadêmica destaca o compromisso dos autores do Projeto com o estabelecimento de parceria com aqueles que constroem a doutrina e aplicam o direito. Tal providência antecipa o olhar crítico da comunidade científica, quase sempre tardio. Valoriza também essa parcela da sociedade e fomenta novas vocações, o que é essencial em uma área do direito considerada de pouca importância e na qual, quase sempre, imperam os sentimentos e conceitos construídos diretamente a partir dos afetos.

As conclusões obtidas a partir da pesquisa evidenciam, aliás, a frágil base doutrinária do sistema penal juvenil, fruto ainda dos pensamentos extrajurídicos. A isto, alia-se um expressivo distanciamento entre os princípios do direito penal garantista e a prática processual, fazendo preponderar, seja pela ainda incompletude normativa do ECA, seja pela visão assistencialista da matéria, uma discricionariedade não desejável na aplicação da medida de internação.

Saudamos outra vez os protagonistas desta iniciativa, esperando poder contribuir para efetivos avanços doutrinários em torno da construção e reconstrução de um Direito da criança do adolescente conforme o Estado Democrático.

Maria Auxiliadora Minahim

Universidade Federal da Bahia

UFBA

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

SUMÁRIO EXECUTIVO RELATÓRIO DE PESQUISA RESPONSABILIDADE E GARANTIAS AO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL: UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO ECA EM SEUS 18 ANOS DE VIGÊNCIA

Resumo do Projeto de Pesquisa apresentado a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e ao PNUD, no âmbito do "Projeto Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004

SALVADOR/BRASÍLIA
MARÇO DE 2010

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO....11

2. INTRODUÇÃO....13

3. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS....15

3.1 PARTE I – ETAPA QUANTITATIVA – Pesquisa Jurisprudencial....15

3.2 PARTE II – ETAPA QUALITATIVA – Acompanhamento das Audiências e Análise de Processos....15

4. APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS....17

4.1 PARTE I – DE RECURSOS E DISCURSOS: Como se interpreta o ECAem Tribunais Superiores....17

4.1.1 Tribunal de Justiça de São Paulo....18

4.1.2 Tribunal de Justiça de Pernambuco....24

4.1.3 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro....27

4.1.4 Tribunal de Justiça do Paraná....31

4.1.5 Tribunal de Justiça da Bahia....35

4.1.6 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul....40

4.1.7 Superior Tribunal de Justiça....43

4.2 PARTE II – A ELOQÜÊNCIA DAS PRÁTICAS: Um olhar sobre as Varas Especializadas da Infância e Juventude....52

5.CONCLUSÕES....59

6.REFERÊNCIAS....65

1. APRESENTAÇÃO

Esta publicação reúne os resultados do Projeto de Pesquisa *"Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência"*, de responsabilidade da Universidade Federal da Bahia (UFBA)[1] , no âmbito da linha de pesquisa "Estatuto da Criança e do Adolescente: apuração do ato infracional atribuído a adolescente", do Projeto Pensando o Direito – Edital 01/2009.

A apresentação dos resultados divide-se em 03 (três) partes distintas: a primeira correspondente à análise detalhada dos casos identificados nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Bahia e Rio Grande do Sul (uma vez que tais Estados concentram os maiores índices de internação de adolescentes do país) e Superior Tribunal de Justiça, no período de janeiro de 2008 a julho de 2009, conforme pesquisa amostral realizada através de dados obtidos no portal virtual destes tribunais e que denominamos, nesta publicação, de Pesquisa Jurisprudencial. Analisaram-se, também, casos originários do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, *locus* originário da equipe de pesquisa. Desta análise, puderam-se verificar os principais argumentos utilizados na imposição e justificação de medidas de internação a adolescentes autores de ato infracional no país e seu grau de adequação aos dispositivos legais, objeto central da pesquisa.

A segunda parte reservou-se à apresentação dos dados recolhidos na etapa qualitativa do estudo, concernente ao levantamento de processos e ao acompanhamento, in loco, de audiências de primeira instância em varas especializadas da infância e juventude de Salvador, São Paulo, Recife e Porto Alegre. Por fim, a terceira parte apresenta as conclusões obtidas e a proposta de alteração elaborada ao texto da Lei n. 8.069/90.

A combinação de tais partes e perspectivas visa a apontar possíveis frentes de aprimoramento da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não só

1 Sob coordenação da Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, com a participação dos pesquisadores: Karyna Batista Sposato (pesquisadora sênior), Davi Castro Silva (assistente de pesquisa), Carolina Grant Pereira, Deivson Santos e Natália Petersen (estagiários de pesquisa).

pelo decurso de seus quase 20 anos de vigência, mas, sobretudo, porque desde a sua entrada em vigor, vem sofrendo sistemáticas críticas. O desafio enfrentado pela Pesquisa foi, justamente, identificar as principais lacunas da legislação que vêm dando margem a arbitrariedades, à utilização de argumentos extrajurídicos na solução de casos e, conseqüentemente, à recorrente desqualificação do ECA no debate público.

2. INTRODUÇÃO

Aos quase 20 anos de vigência do ECA, Lei Federal nº. 8.069/90, diversas questões relacionadas à atribuição de responsabilidade a adolescentes autores de infrações penais permanecem ainda pouco consolidadas, tanto no âmbito da doutrina quanto da jurisprudência sobre a matéria. Além disso, é significativa e cíclica a presença de projetos de lei e de propostas de Emenda Constitucional no Congresso Nacional Brasileiro objetivando alterar dispositivos constitucionais e do ECA em resposta a clamores sociais e à opinião pública, sobretudo quando um crime de repercussão nacional revela, dentre os possíveis autores, a presença de um adolescente.

De um lado, veicula-se, com impropriedade e sensacionalismo, que os adolescentes estariam cada vez mais violentos e que estaria crescendo, exponencialmente, o número de adolescentes e jovens envolvidos com a criminalidade no país. De outra parte, o não reconhecimento de que as medidas socioeducativas previstas no ECA sejam sanções penais e que a justiça da infância e juventude, em matéria infracional, na condição de justiça especializada, atribua responsabilidade penal aos adolescentes, reforça não só um sentimento de impunidade perante os crimes cometidos por adolescentes, como alimenta o debate em torno da redução da idade penal.

Neste sentido, parece fundamental sinalizar que as disposições legais sobre a matéria e o funcionamento da justiça da infância e juventude, quando da apuração do ato infracional praticado, representam a política nacional de administração do delito na adolescência[2]. Como tal, a política socioeducativa possui algumas peculiaridades que não podem ser desconsideradas: as medidas socioeducativas e seus respectivos programas de execução destinam-se (1) a *adolescentes* (2) que tenham infringido a lei, e não a todos os adolescentes.

Na configuração de uma política de justiça e de atendimento ao adolescente, torna-se, pois, essencial levar em conta que as medidas socioeducativas são subsidiárias às

2 VOLPI, Mário. Sem Liberdades e Sem Direitos: a experiência de privação de liberdade na percepção dos adolescentes em conflito com a lei. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

demais políticas previstas no ECA. Como resposta estatal ao delito juvenil, portanto, devem também estar condicionadas a um conjunto de princípios.

Reconhecer que a matéria jurídica relacionada à apuração do ato infracional e à imposição de medida socioeducativa é um sistema de responsabilidade diferenciado dos adultos, porém de administração do delito na adolescência, implica aperfeiçoar seus mecanismos e institutos jurídicos, levando em conta suas finalidades e objetivos, inclusive como parte integrante da política criminal brasileira.

A pesquisa ora denominada "Pesquisa Jurisprudencial" incluiu, por fim, a análise de acórdãos e decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo foco de discussão esteve relacionado à imposição de medidas de internação. Tudo com o objetivo de traçar as principais tendências jurisprudenciais sobre a matéria. Do acompanhamento das audiências e da leitura dos processos nas capitais retro referidas, extraíram-se elementos importantes acerca dos procedimentos de apuração da responsabilidade de adolescentes acusados, bem como da aplicação de medidas de internação, que, associados aos argumentos e fundamentos identificados na pesquisa jurisprudencial, permitiram constatar as principais lacunas da legislação e as fragilidades mais recorrentes em sua interpretação.

3. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

3.1 PARTE I – ETAPA QUANTITATIVA: PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Esta primeira etapa da pesquisa jurisprudencial adotou como metodologia para o levantamento realizado nos Tribunais de Justiça dos Estados selecionados (São Paulo; Pernambuco; Rio Grande do Sul; Rio de Janeiro; Paraná e Bahia) e no Superior Tribunal de Justiça a pesquisa *quantitativa* por *amostragem aleatória simples* – tendo em vista a extensão do universo a ser pesquisado e as limitações orçamentárias, temporais e físicas da equipe.

A pesquisa por amostragem aleatória simples permite que se mantenha a representatividade original dos grupos e dados a serem pesquisados e, seguindo-se com rigor o método previsto, permite, ainda, a generalização dos dados aferidos a todo o universo populacional considerado, uma vez que esta subespécie de amostragem pertence ao grupo de amostragens probabilísticas. Nesta modalidade de amostragem cada elemento da população tem a mesma probabilidade de ser incorporado à amostra que outro qualquer, o que garante a não-intencionalidade da pesquisa e a possibilidade de generalização de seus resultados.

3.2 PARTE II – ETAPA QUALITATIVA: ACOMPANHAMENTO DAS AUDIÊNCIAS E ANÁLISE DE PROCESSOS

O estudo qualitativo acerca da Justiça de 1º Grau no tocante à apuração de ato infracional praticado por adolescente e à imposição de sentenças de internação foi realizado mediante o acompanhamento de 15 audiências e análise de 14 processos em São Paulo, 15 audiências e análise de 15 processos em Salvador, 12 audiências e 11 processos em Porto Alegre, e 12 audiências e 13 processos em Recife. Em linhas gerais da combinação das duas modalidades de pesquisa, quantitativa por amostragem e a qualitativa, foi possível observar que a implementação das sentenças de internação pela

Justiça Especializada da Infância e Juventude em todo o país carece de aprofundamento doutrinário e, via de regra, sustenta-se em argumentos extrajurídicos e ideológicos.

Nesta dimensão, a pesquisa realizada pode ser caracterizada como uma modalidade de *sentencing*[3], ou seja, tem como foco a análise de decisões judiciais a partir de uma perspectiva sociológica e criminológica, que permite verificar a atuação do sistema de justiça na trama social, na reprodução de desigualdades, na reificação dos sujeitos envolvidos, na renovação de preconceitos e na identificação com o senso comum.

Se tais aspectos podem ser encontrados no funcionamento do Sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude e nas instâncias superiores, há que se indagar em que medida é a lei que assim o permite, e quais seriam as possibilidades de superação[4]. Mais precisamente, quais são os nichos que necessitam de maior regulamentação a fim de afastar a discricionariedade e o subjetivismo.

Da análise do discurso utilizado para a imposição de medidas de internação e da observação do funcionamento do Sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude, emergem questões centrais que podem vir a ser sanadas ou minimizadas a partir de um aperfeiçoamento do instrumento legal. Indicar caminhos possíveis é a contribuição pretendida pela presente pesquisa.

3 PIRES, Alvaro Penna. **Alguns Obstáculos a uma Mutação "humanista do Direito Penal**. IN: Sociologias – Revista semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS – ano 1 – nº 1- Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre: 1999.

4 Não se trata aqui de negar o ordenamento jurídico como sistema aberto e móvel, tal qual descreveu Claus Wiheim Canaris ao considerá-lo como conjunto de normas cuja interpretação está em constante movimento. (CANARIS, Claus Wilheim. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996). Tampouco desprezamos o importante papel da jurisprudência na criação do Direito, porém nos associamos ao pensamento garantista de Luigi Ferrajoli, de que a ausência de normas nunca é neutra, a ausência de normas é sempre a regra do mais forte. (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoria del Garantismo Penal. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000).

4. APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

4.1 PARTE I – DE RECURSOS E DISCURSOS: COMO SE INTERPRETA O ECA EM TRIBUNAIS SUPERIORES

A partir do conjunto de casos versando sobre medida socioeducativa nos Tribunais de Justiça dos Estados já referidos no período de janeiro de 2008 a julho de 2009, foram analisados recursos interpostos, tendo como pontos de partida o tipo de recurso impetrado, as alegações da parte impetrante, o resultado da decisão e a fundamentação, observando-se também o ato infracional em questão. Foi possível, então, extrair o discurso dominante presente nas fundamentações das decisões, princípios e argumentos que aparecem de forma recorrente na jurisprudência brasileira, quando o tema é a imposição de medida socioeducativa de internação de adolescente autor de ato infracional, e que, com freqüência, revelam posicionamentos ideológicos, valorativos, extrajurídicos que, alheios ao mundo do direito, coadunam-se com as visões do senso comum sobre a criminalidade em geral e, em particular, sobre a delinqüência na adolescência.

Não por acaso, as repetidas críticas endereçadas ao ECA também repousam em juízos de valor popularmente difundidos em torno da prática de infrações penais por adolescentes e sua capacidade de responder jurídica e penalmente por seus atos, o que é pano de fundo de velhas e novas propostas de redução da idade de responsabilidade penal.

Com o intuito de melhor explicitar as tendências observadas e de favorecer algumas aproximações ou regularidades em diferentes Tribunais de Justiça do país, os dados são apresentados a *priori* separadamente e, em seguida, são desenhadas possíveis comparações.

4.1.1 Tribunal de Justiça de São Paulo

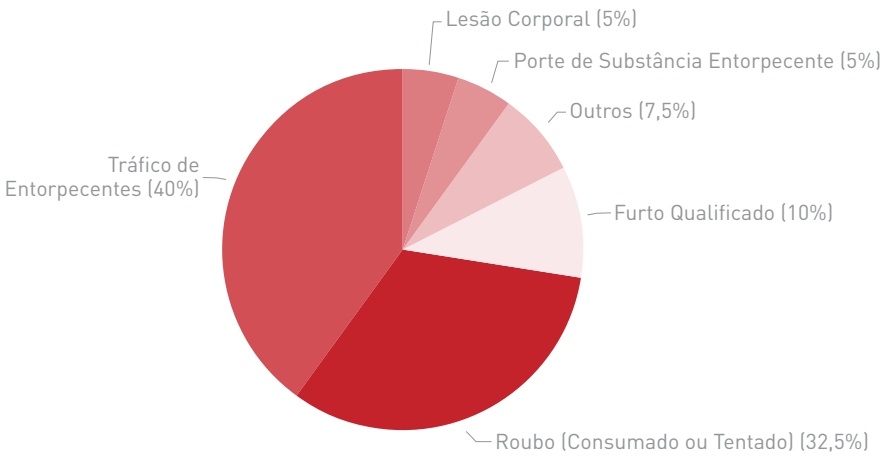
No recorte temporal da pesquisa, foram identificadas 42 ocorrências sobre medida socioeducativa de internação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, das quais 40 foram analisadas pela pesquisa.

Deste conjunto, todas continham a informação do ato infracional em análise, sendo mais significativos os percentuais de tráfico de entorpecentes (38,10% dos casos), de roubo (30,95%) e de furto (9,52%). Os atos infracionais equiparados à lesão corporal, à associação para o tráfico e ao porte de substância entorpecente representaram o mesmo percentual de 4,76% do universo de casos, conforme se pode observar na tabela e no gráfico abaixo:

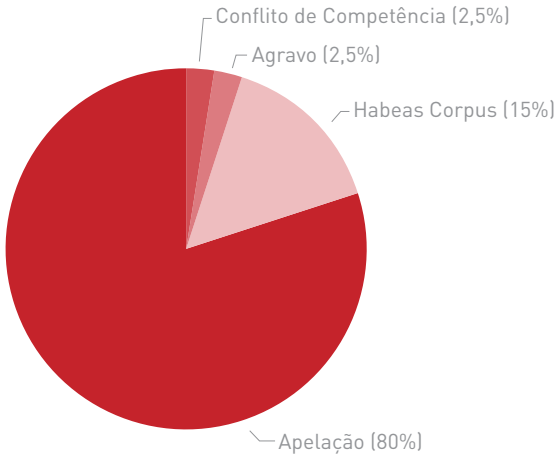
TIPO DE ATO INFRACIONAL*	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Lesão Corporal	2	4,76
Roubo	13	30,95
Furto	4	9,52
Tráfico de Entorpecentes	16	38,10
Associação para o Tráfico	2	4,76
Porte de Subatância Entorpecente	2	4,76
Outros	3	7,15
TOTAL	**42**	**100,00**

** Atos infracionais classificados somente de acordo com o tipo base, sem distinção entre modalidades simples/circunstanciada/qualificada, tentada/consumada e dolosa/culposa.*

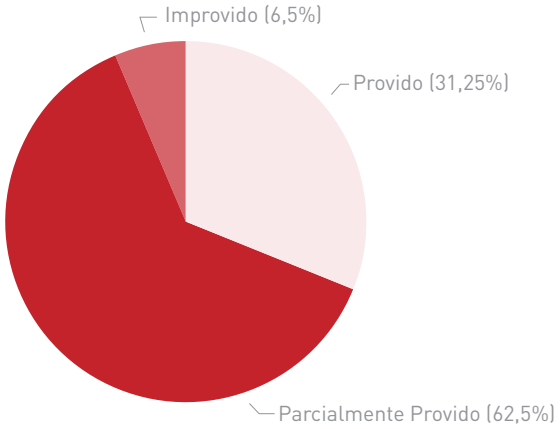
TJSP - TIPO DE ATO INFRACIONAL



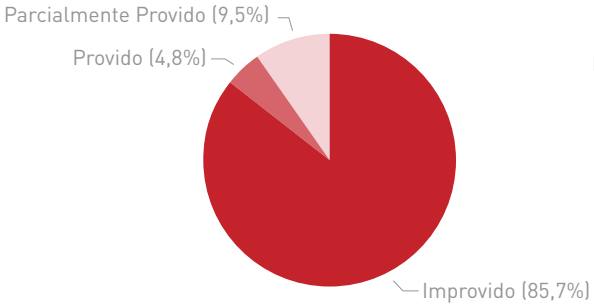
Do total de casos analisados, 80% se referiam a recursos de apelação, ou seja, 32 casos, e 06 casos tratavam de ***habeas corpus***, ou seja, 15% do universo analisado.

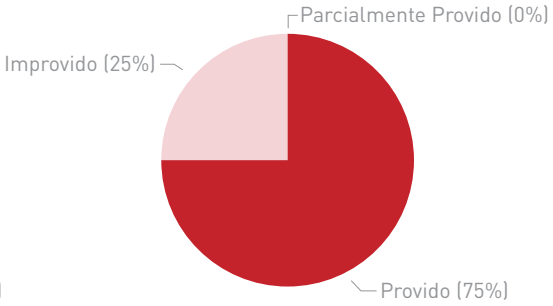


Dos casos de apelação, 31,25% foram providos integralmente e 62,5% foram parcialmente providos, indicando um alto índice de acolhimento neste tipo de recurso.



Entretanto, uma interpretação precipitada dos dados poderia levar à falsa conclusão de que tal índice indica uma tendência reformadora das decisões pela instância superior em benefício dos adolescentes acusados e/ou sentenciados. Ao contrário disso, quando analisamos os resultados dos pedidos de forma conjugada à parte interessada, podemos constatar que, das apelações cuja parte era o adolescente, a imensa maioria dos casos, o equivalente a 85,7% foram improvidos. Já as apelações impetradas pelo Ministério Público (MP) foram acolhidas em 75% dos casos.

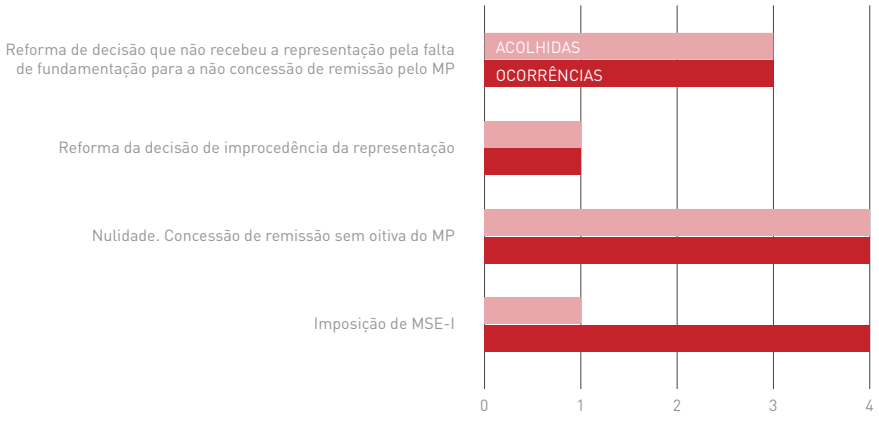




A análise aprofundada das temáticas em questão também indica uma tendência bastante diferenciada em torno dos pedidos se formuladas pelo adolescente ou pela acusação. Dos recursos interpostos pelo MP, por exemplo, todos os casos de nulidade em razão de a remissão ter sido concedida sem a prévia oitiva do MP foram acolhidos. O mesmo para os casos de reforma da decisão de improcedência da representação, conforme se observa na tabela e gráfico a seguir:

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

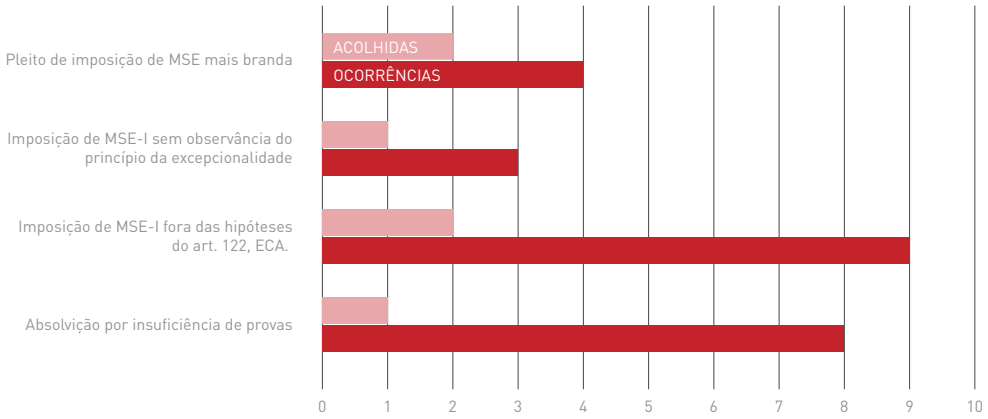
TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Imposição de MSE-I	4	1
Nulidade. Concessão de remissão sem oitiva do MP	4	4
Reforma da decisão de improcedência da representação	1	1
Reforma de decisão que não recebeu a representação pela falta de fundamentação para a não concessão de remissão pelo MP	3	3



Chama a atenção que, do conjunto de recursos dos quais o adolescente é parte, temas centrais como a insuficiência de provas na condenação, a imposição da medida fora das hipóteses legais do artigo 122 do ECA, e a inobservância do princípio da excepcionalidade não chegaram a obter sequer 25% de acolhimento

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO ADOLESCENTE

TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Absolvição por insuficiência de provas	9	1
Imposição de MSE-I fora das hipóteses do art. 122, ECA	10	2
Imposição de MSE-I sem observância do princípio da excepcionalidade	4	1
Pleito de imposição de MSE mais branda	5	1



São justamente estes temas que indicam vacuidade e baixa regulamentação por parte da legislação, seja no tocante às regras e garantias processuais penais que merecem maior atenção no processo de apuração da autoria do ato infracional, seja pela fundamentação frágil ou inexistente nas sentenças de imposição de medidas de internação.

A aplicação da internação à revelia dos requisitos legais do artigo 122 também desnatura o sistema, no qual a legitimidade das ações se produz pela sujeição do juiz à Lei[5], não havendo ou não devendo haver espaço para um julgamento unicamente sustentado na autoridade.

Da mesma forma a desconsideração do princípio da excepcionalidade denota desprezo pelas disposições claramente fixadas nos artigos 121 e 122, parágrafo 2º do ECA.

Discursos em Destaque TJ/SP:

Do universo amostral estudado no Tribunal de Justiça de São Paulo, destacamos abaixo alguns posicionamentos que aparecem inclusive de forma repetida nas fundamentações

5 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoria del Garantismo Penal. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

e, sendo bastante simbólicos, permitem identificar uma tendência interpretativa.

> *a) "A prática de gravíssimo ato infracional denota desajuste moral e social, e, portanto, a manutenção das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade não se apresentam suficientes à ressocialização do apelado, que, em liberdade, poderá expor a incolumidade física de terceiros a risco. Há nítida relação de proporcionalidade entre a aplicação da internação - perseguida pelo apelante -, e o ato infracional praticado pelo apelado [...]. De outra banda, convém anotar que o apelado não tem respaldo familiar, revelou - ainda que informalmente -, o envolvimento em outros atos infracionais (fls. 59), e, durante o curso processual não demonstrou exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada [...]".*

Neste julgado, observamos três aspectos importantes: a correlação da prática de ato infracional grave com a existência de desajuste social e moral, demonstrando uma visão estereotipada dos adolescentes acusados e sentenciados e a criação de uma categoria explicativa com fundamento moral; a utilização do princípio da proporcionalidade na justificação da internação, de forma automática, ou seja, se grave a conduta, a internação encontra-se justificada em desconsideração à necessária combinação ao princípio da excepcionalidade; por fim, a menção de condições pessoais do adolescente como impeditivas ao cumprimento de medidas em meio aberto. Ressalte-se que até mesmo a informação "informal" do envolvimento anterior em outros atos infracionais é mencionada como fundamento para a imposição da sanção mais severa do Estatuto.

> *b) "O princípio da insignificância não pode ser transportado para a esfera da infância e juventude, no qual vige o princípio da proteção integral. Aliás, os procedimentos previstos para aplicação das medidas socioeducativas e protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser considerados constrangedores, pois visam justamente à aplicação do princípio da proteção integral".*

Neste discurso há claro posicionamento que procura afastar da aplicação das medidas socioeducativas as regras e garantias processuais penais, utilizando-se do argumento de tratar-se de sistema diferenciado com fundamento na proteção integral. Além de desobedecer a regra do artigo 152 do próprio Estatuto que indica a aplicação subsidiária de outras normas em sua implementação, equipara as medidas socioeducativas a medidas

protetivas, negando o caráter penal, e sancionatório das primeiras. Sob o argumento da proteção integral, tal posição atualiza a chave tutelar discricionária nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude. É, sem dúvida, exemplo categórico de decisionismo que faz uso dos princípios a depender de sua conveniência.

> *c) "O tráfico de drogas deve ser considerado um dos atos infracionais mais graves, pois é prática que vem disseminando o vício entre a população mais vulnerável, ou seja, mais jovem e mais desprotegida da sociedade. O tráfico de drogas é ato infracional que pressupõe emprego de violência contra toda a sociedade".*

Nesta posição, procura-se justificar a imposição de medida de internação a ato infracional equiparado ao tráfico de drogas. Os argumentos utilizados partem da afetação do uso de drogas por crianças e adolescentes, desconsiderando a esfera da prevenção como a mais adequada ao enfrentamento do problema e lançando à repressão ao indivíduo esta tarefa e finalidade. De outro lado, em descompasso ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), objetiva criar uma violência "presumida e ficta" contra toda a sociedade na prática do tráfico de drogas como forma de legitimação e adequação legal para a imposição da privação de liberdade.

> *d) "Beneficiar o adolescente com medida mais branda só o prejudicaria, pois continuaria a viver livremente, impune e sujeito às influências maléficas da vida infracional".*

Nesta argumentação podemos observar que não se reconhece às medidas em meio aberto, o devido caráter sancionatório, entendendo-se sua adoção como espaço de impunidade.

4.1.2 Tribunal de Justiça de Pernambuco

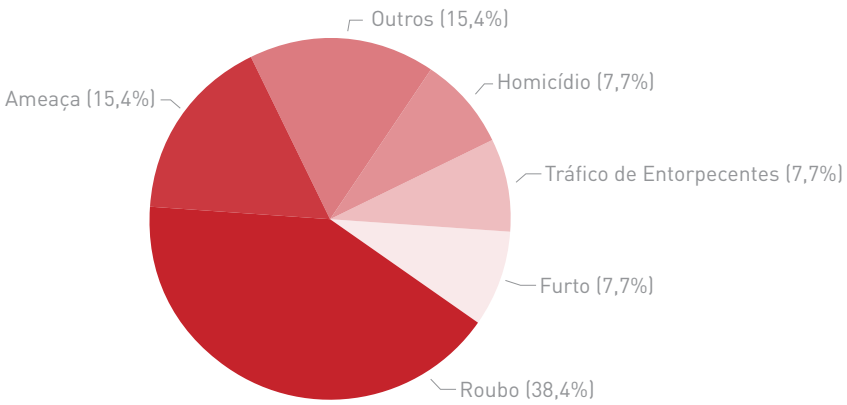
A pesquisa identificou 13 ocorrências no Tribunal de Justiça de Pernambuco no recorte temporal proposto, das quais 11 foram analisadas.

Deste universo amostral, o ato infracional equiparado ao crime de roubo foi o mais presente, em 38,4% dos casos, seguido da ameaça, 15,4%, e outros atos infracionais também representando 15,4% do total. Furto e Tráfico de entorpecentes ocuparam percentuais idênticos de 7,7% conforme se observa na tabela e gráfico abaixo:

TIPO DE ATO INFRACIONAL*	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Homicídio	2	7,7
Roubo	5	38,4
Furto	1	7,7
Tráfico de Entorpecentes	1	7,7
Ameaça	2	15,4
Outros	2	15,4
TOTAL	**13**	**100,0**

** Atos infracionais classificados somente de acordo com o tipo base, sem distinção entre modalidades simples/circunstanciada/qualificada, tentada/consumada e dolosa/culposa.*

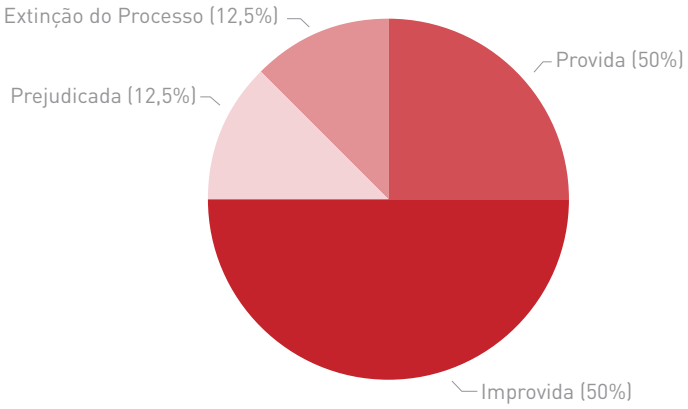
TJPE - TIPO DE ATO INFRACIONAL



Semelhantemente ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), o maior número de recursos identificado foi o de apelação (81,2%), ou seja, 09 casos em 11 estudados.

Das apelações analisadas, somente uma foi interposta pelo MP, versando sobre a alteração da medida de internação pela de semi-liberdade, porém sem provimento. Já no que se refere às apelações interpostas pela defesa do adolescente, um percentual de 25% obteve provimento.

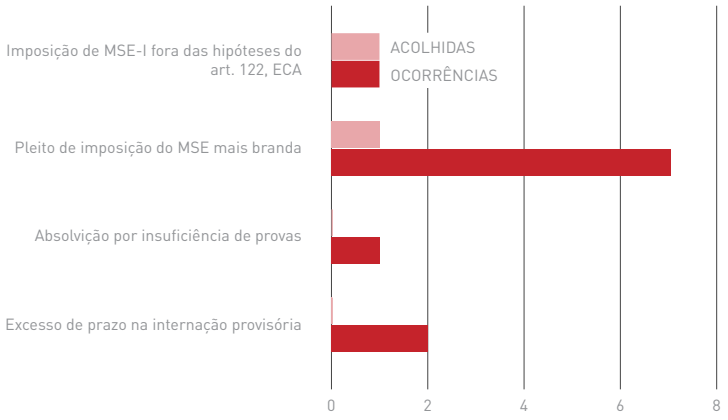
RESULTADO DO PEDIDO - APELAÇÃO - ADOLESCENTES



Dos pedidos identificados também à semelhança do observado no TJ/SP, foram encontradas temáticas sobre a insuficiência de provas, imposição da medida fora das hipóteses legais e pleito por imposição de medida mais branda, que representou o maior número de casos. À diferença de São Paulo, também se apresentou o recurso de apelação para discutir o excesso de prazo de medida de internação provisória. A tabela e o gráfico são elucidativos:

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO ADOLESCENTE

TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Excesso de prazo na internação provisória*	2	0
Absolvição por insuficiência de provas *	1	0
Pleito de imposição de MSE mais branda*	7	1
Imposição de MSE-I fora das hipóteses do art. 122, ECA	1	1



Discursos em Destaque TJ/PE:

> *a) "desajuste pessoal e propensão para a violência reclamam pronta e enérgica intervenção do Estado, com vistas a dar ao infrator a dimensão da reprovabilidade social que pesa sobre sua conduta, impondo-se a medida socioeducativa provisória, objetivando a garantia da integridade do próprio reeducando".*

Como observamos, no Tribunal de Justiça de Pernambuco, apelações versaram sobre a medida de internação provisória. Nesta passagem em que se discute sua pertinência, a argumentação utiliza-se do discurso da proteção do adolescente para sua decretação, operando profunda confusão entre seu caráter e eventual medida protetiva que se faça necessária para garantir a integridade do adolescente. A mesma situação jamais seria

admitida na justiça penal comum. Um adulto não seria submetido a prisão preventiva sob o argumento de necessitar de proteção. É evidente que, em tal situação, o adolescente é submetido a condições mais severas do que um adulto seria. Também encontramos categorias estereotipadas de desajuste social e propensão à violência como características do adolescente.

> *b) "construção jurisprudencial, considerando as peculiaridades do caso sub examinen, vem abrandando o posicionamento de que o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a que alude o art. 108, do E.C.A., não pode ser ultrapassado sob nenhuma hipótese".*

Também com referência à medida de internação provisória, porém, aqui em alusão ao prazo legalmente fixado pelo artigo 108 do ECA, a decisão contrasta a previsão legal com construção jurisprudencial *contra legem* de extensão do referido prazo em prejuízo dos adolescentes acusados. Trata-se de flexibilização da única garantia de que goza o adolescente na seara da internação provisória.

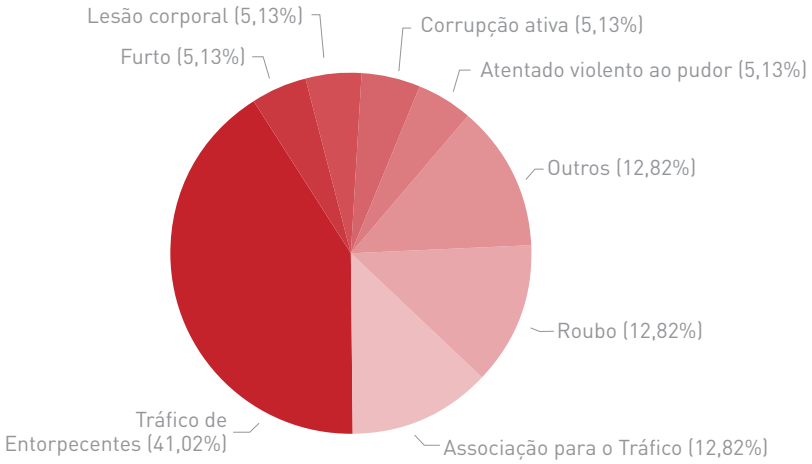
> *c) "Isto porque o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) não está ligado ao caráter punitivo da reprimenda. Ao contrário de visar a punição do menor infrator, pretende assegurar-lhe proteção e educação, através de medidas socioeducativas, sem critérios rígidos de duração. Assim como não é aplicada a pena prevista no delito análogo à infração praticada, também não há que se falar em aplicação de regras que são afetas à pena cominada, como atenuantes e conduta social do adolescente sentenciado".*

Neste discurso dois aspectos merecem destaque: a negação da índole penal das medidas socioeducativas, e, conseqüentemente, do modelo de responsabilidade desenhado pelo ECA para a administração de delitos praticados na adolescência, e a proposital alusão à educação e à proteção como finalidades das medidas socioeducativas, o que favorece interpretações demagógicas da legislação, sempre em prejuízo da liberdade dos adolescentes. Também por isso, evoca-se a indeterminação do prazo de duração das medidas e o descabimento de regras e de princípios processuais penais. Todos os elementos citados configuram um "neomenorismo" fundado na pretensa proteção e ausência de limites para a intervenção sócio-educativa.

4.1.3 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

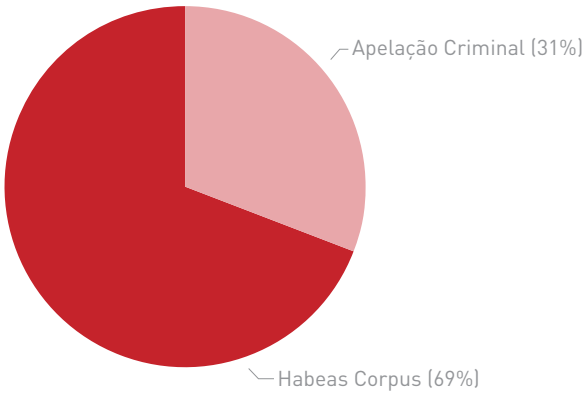
No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foram identificadas 137 ocorrências relacionadas a medidas de internação, das quais, 58 foram estudadas. Deste total, a distribuição por tipo de ato infracional indicou uma predominância de atos equiparados a tráficos de drogas com 41% do total, seguido de associação para o tráfico com 12,82% e de roubo, também representando 12,82% do universo total. Entretanto é importante sublinhar que nem todos os casos continham uma menção ao ato infracional, e, portanto, tais percentuais referem-se ao número de 31 casos dos 58 estudados.

TIPO DE ATO INFRACIONAL



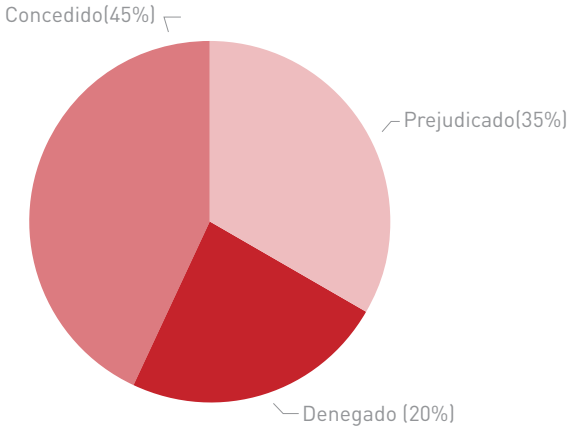
Diferentemente dos dois Tribunais já analisados, São Paulo (TJ/SP) e Pernambuco (TJ/PE), no caso do Rio de Janeiro, a maioria dos recursos identificados foi de habeas corpus, o equivalente a 69% da amostra.

TIPO DE MEDIDA PROCESSUAL



O índice de concessão encontrado foi relativamente alto se comparado aos demais Tribunais, na casa de 45%. E, mesmo em comparação com as apelações apresentadas pela defesa dos adolescentes, pode-se constatar que os *habeas corpus* foram mais bem sucedidos.

TIPO DE MEDIDA PROCESSUAL



Somente uma apelação estudada teve o MP como parte, e referiu-se ao reconhecimento da procedência da representação, que foi acolhida.

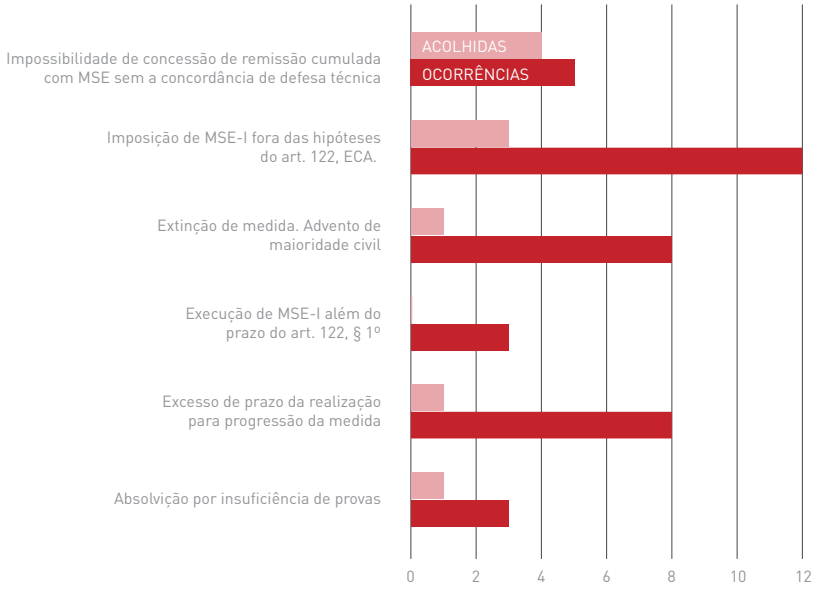
Em se tratando dos pedidos formulados pela defesa dos adolescentes, há uma predominância de medidas visando discutir a imposição da internação em desacordo com as hipóteses legais do artigo 122. E, em segundo lugar, o excesso de prazo de reavaliação da medida visando à progressão, ou seja, descumprimento do prazo de reavaliação, o que limita ou impossibilita a progressão do adolescente para medida mais branda. Também estão presentes casos de insuficiência de provas como nos Tribunais já analisados.

Merecem destaque, também, os casos de desobediência do prazo máximo de duração da internação, nos moldes do parágrafo 1º do artigo 122, e de remissão cumulada com medida socioeducativa à revelia da manifestação da defesa.

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO ADOLESCENTE

TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Absolvição por insuficiência de provas	3	1
Excesso de prazo da reavaliação para progressão da medida***	8	1
Execução de MSE-I além do prazo do art. 122, §º1**	3	0
Extinção da medida. Advento de maioridade civil	8	1
Imposição de MSE-I fora das hipóteses do art. 122, ECA*	12	3
Impossibilidade de concessão de remissão cumulada com MSE sem a concordância de defesa técnica	5	4

** Dois dos julgamentos restaram prejudicados. ** Três dos julgamentos restaram prejudicados. *** Cinco dos julgamentos restaram prejudicados.*



Discursos em Destaque TJ/RJ:

> *a) "As condições pessoais do adolescente levam à conclusão que a medida de internação é a mais adequada e exigível à hipótese, dando-lhe melhores condições de ressocialização, estando destacado na sentença que: 'já lhe foram dadas oportunidades de cumprimento de medida em meio aberto em outros processos, mas o adolescente não as aproveitou, pois as descumpriu por várias vezes, reiteradamente descumpre as medidas impostas'".*

O trecho em destaque permite aferir que as condições pessoais do adolescente operam de forma mais intensa do que a verificação de sua conduta, configurando um direito penal do autor nos procedimentos da Justiça Especializada. Resta evidente que o adolescente e suas condições pessoais preponderam sobre a análise da conduta cometida, o que pode ser identificado como uma releitura discricionária e subjetiva do ECA, que dá margem a políticas repressivas e irracionais, tendo em vista que o quê se "ataca" nas práticas infracionais é o SER e não o AGIR.

> *b) "A aplicação das socioeducativas estatuídas na lei nº 8.069/90 não possui caráter punitivo, mas, sim, o de retirar o menor do convívio pernicioso com a criminalidade, visando reeducá-lo e reintegrá-lo à família e à sociedade".*

Esta posição nega o caráter sancionatório das medidas socioeducativas e atribui à internação uma índole eminentemente segregadora, cuja tarefa é a retirada do convívio social. Dois aspectos perigosos podem ser apontados, de um lado, a retirada da feição

sancionatória das medidas pode levar à sua utilização irracional e ilimitada, e, de outro, conceber a segregação como a principal tarefa da privação de liberdade afasta o desafio pedagógico que a medida deve contemplar.

4.1.4 Tribunal de Justiça do Paraná

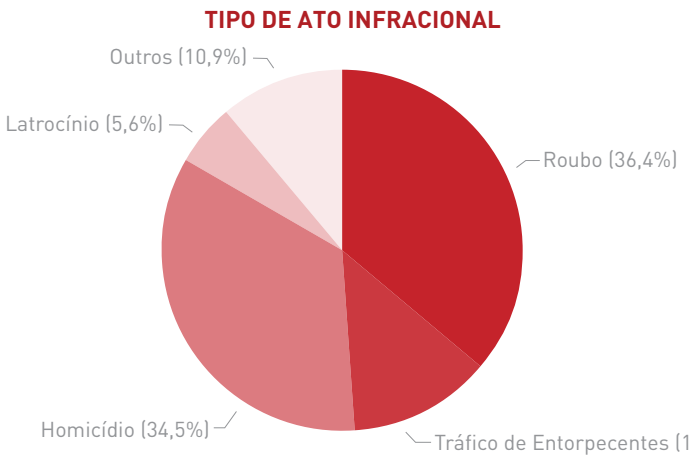
A pesquisa referente ao Estado do Paraná identificou 123 casos relacionados à medida de internação em discussão no Tribunal de Justiça no recorte temporal previamente definido.

Destes casos, 55 foram analisados em detalhe, demonstrando que os atos infracionais equiparados aos crimes de roubo, homicídio e tráfico de entorpecentes ocuparam os maiores percentuais, respectivamente 36,39% de roubos, 34,54% de homicídios e 12,72% de casos de tráfico de drogas, conforme tabela e gráfico abaixo:

TJPR - TIPO DE ATO INFRACIONAL

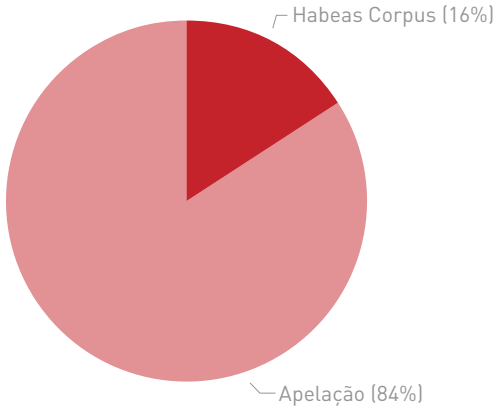
TIPO DE ATO INFRACIONAL*	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Roubo	20	36,39
Tráfico de Entorpecentes	7	12,72
Homicídio	19	34,54
Latrocínio	3	5,45
Outros	6	10,90
TOTAL	**55**	**100,00**

** Atos infracionais classificados somente de acordo com o tipo base, sem distinção entre modalidades simples/circunstanciada/qualificada, tentada/consumada e dolosa/culposa.*



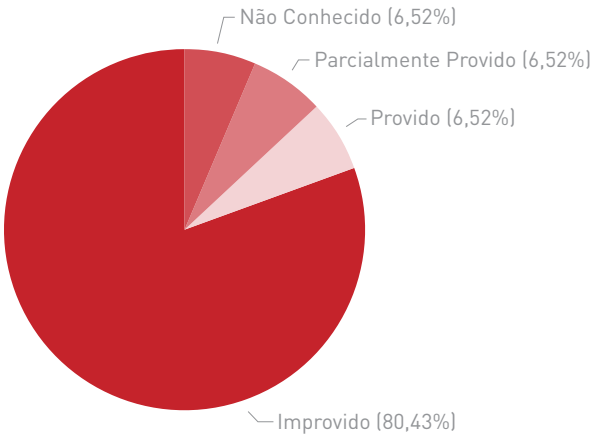
No tocante ao tipo de recurso encontrado, a apelação foi mais representativa correspondendo a aproximadamente 84% dos casos, sendo que em nenhuma delas o MP constou como parte impetrante.

TIPO DE MEDIDA PROCESSUAL



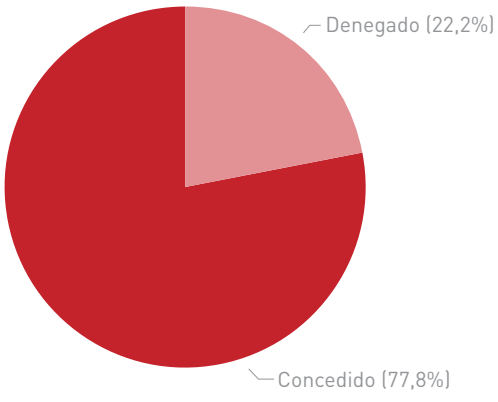
Sendo todas as apelações apresentadas pela defesa do adolescente, observou-se um baixíssimo índice de acolhimento dos pedidos, sendo que em 80,43% delas o recurso foi considerado improvido.

RESULTADO DO PEDIDO - APELAÇÃO



Diferentemente, no caso dos *habeas corpus* analisados, constatou-se que, em 77,8% dos casos, os pedidos foram acolhidos, conforme gráfico ilustrativo abaixo:

RESULTADO DO PEDIDO -HABEAS CORPUS



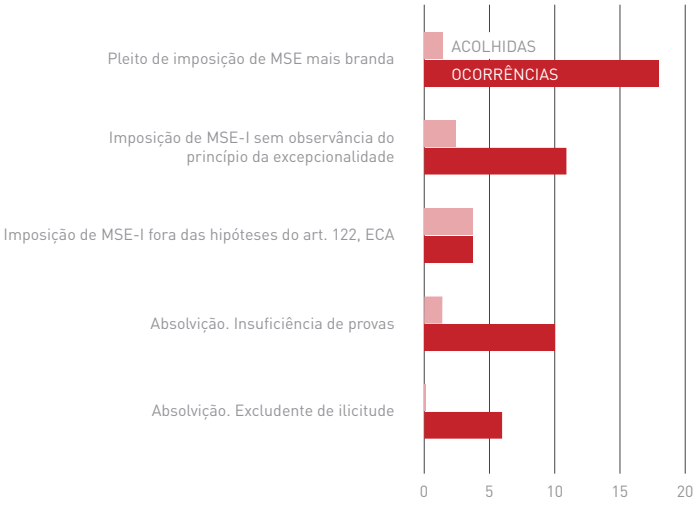
Das temáticas mais presentes em ambos os recursos apresentados pelos adolescentes, destacam-se a solicitação de medida mais branda, a inobservância do princípio da excepcionalidade, a referência à insuficiência de provas e o requerimento da absolvição pela excludente da ilicitude.

Esta última é bastante inovadora dentre os argumentos da defesa, pois constitui elemento da dogmática penal, que, sem dúvida, merece obter o devido acolhimento e aplicação nos feitos da Justiça especializada da Infância e Juventude.

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO ADOLESCENTE

TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Absolvição. Excludente de ilicitude	6	0
Absolvição. Insuficiência de provas	10	1
Imposição de MSE-I fora das hipóteses do art. 122, ECA	4	4
Imposição de MSE-I sem observância do princípio da excepcionalidade	11	2
Pleito de imposição de MSE mais branda*	18	1

** Três dos julgamentos restaram prejudicados.*



Discursos em Destaque TJ/PR:

a) "As medidas socioeducativas, por sua própria natureza, têm caráter pedagógico, e vinculam-se à sua finalidade essencial, que é a um só tempo, a reeducação e a ressocialização do menor infrator".

Consideração da natureza da medida socioeducativa como essencialmente pedagógica,

negando-lhe a feição sancionatória e de reprovabilidade à conduta praticada. Como já assinalado, esse tipo de posicionamento ignora o modelo de responsabilidade desenhado pelo ECA para as infrações penais cometidas por adolescentes, assemelhando-o ao antigo Código de Menores.

> *b) "O princípio do livre convencimento motivado do magistrado tem prevalência, ante a necessidade de se obter efetivamente o objetivo pedagógico pretendido com a aplicação da medida de internação".*

O trecho em destaque utiliza o princípio do livre convencimento do juiz como justificativa suficiente para a manutenção da internação. Incorre-se, neste caso, em equívoco, pois a livre convicção do juiz deve advir da confirmação pela pluralidade de provas e exige efetiva justificação da decisão[6]. Como leciona Aroca[7], a valoração livre que cabe ao julgador não é igual à valoração discricional, nem se resume na consciência do juiz. Trata-se da forma como o juiz valora determinada prova, sendo que tal decisão deve expressar-se de modo motivado na sentença. No trecho em questão o princípio é evocado sem que seja efetivamente implementado pela decisão.

> *c) "Conduta do adolescente apelante evidencia o seu profundo desajuste social, impondo-se que se lhe ofereça a oportunidade de assimilar novos valores, reflita sobre o ocorrido, mediante acompanhamento intensivo que somente a internação possibilita".*

Assim como em outros discursos já destacados, o argumento central repousa na idéia de desajuste social do adolescente. Tal categoria desvaloriza o papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. O adolescente é visto como delinqüente a partir de um ponto de vista ético, naturalista, social e em todo caso ontológico.

> *d) "Alto nível de periculosidade do adolescente reforça ainda mais a necessidade de intervenção. Privado de liberdade o jovem aparenta bom comportamento; por outro lado, em meio aberto revelou atitudes totalmente divergentes daquelas apresentadas no cense. Abandono da escola e usuário de drogas".*

A construção da idéia de periculosidade dos adolescentes é bastante freqüente nos argumentos de justificação da internação. Há uma efetiva criação da periculosidade

6 COSTA, Ana Paula Motta. As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

7 AROCA, Juan Monteiro. Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

social dos adolescentes, que passa a ser legalmente presumida e decorrente de condições pessoais ou de status social como "comportamento tendente à delinqüência", reincidência e até mesmo pertinência a determinados grupos de amigos.

> *e) "As questões apresentadas apontam para a necessidade real do adolescente receber tratamento para a drogadição, no entanto observa-se que este não se sustenta em meio aberto, entende-se necessária a aplicação da medida socioeducativa de internação e após encaminhamento a tratamento de drogadição".*

Mais uma vez a necessidade de inserção do adolescente em uma medida protetiva, como é o caso de tratamento à drogadição, é usada como fundamentação para a privação de liberdade. Em casos como este em que, via de regra, não há elementos de fundamentação da internação com amparo na lei, busca-se motivar a medida mais drástica nas necessidades de proteção do adolescente.

4.1.5 Tribunal de Justiça da Bahia

No Tribunal de Justiça baiano foram identificados 16 casos versando sobre medida de internação no período estudado, dos quais 13 foram analisados em profundidade.

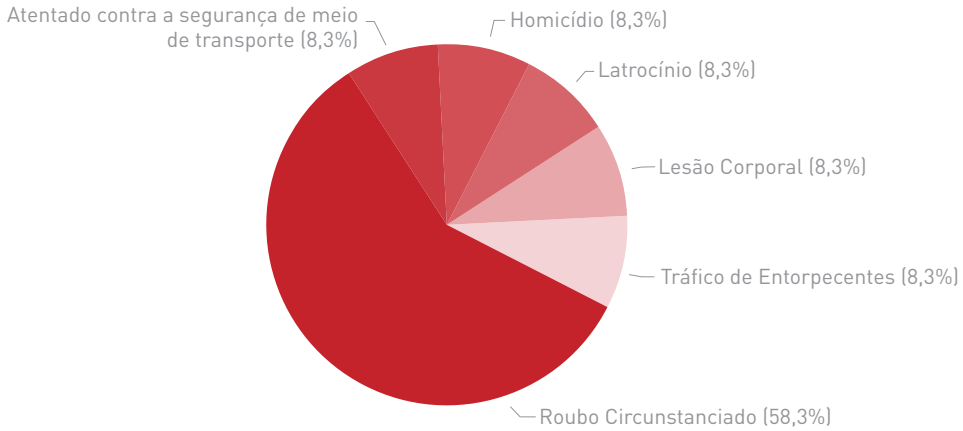
Considerando que 10 casos apresentaram a menção ao ato infracional, demonstrou-se uma freqüência maior de infrações equiparadas ao crime de roubo, cuja representação foi de 58,3% do total. As demais infrações, de tráfico de drogas, de lesão corporal, de latrocínio e de homicídio apresentaram percentuais na casa de 8,4% conforme observamos na tabela e gráfico abaixo:

TJBA - TIPO DE ATO INFRACIONAL

TIPO DE ATO INFRACIONAL*	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Roubo circunstanciado (consumado e tentado)	7	58,3
Tráfico de entorpecentes	1	8,4
Lesão corporal	1	8,4
Latrocínio	1	8,4
Homicídio	1	8,4
Atentado contra a segurança de meio de transporte	1	8,4
TOTAL	12	100,0

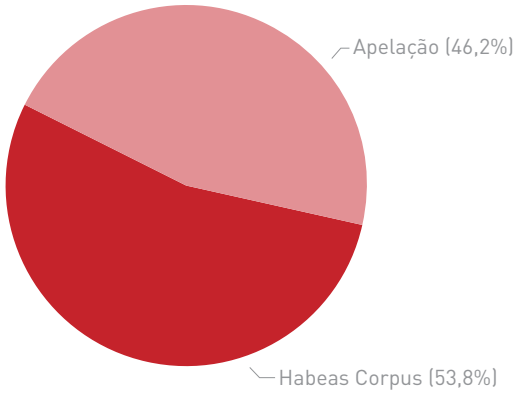
** Atos infracionais classificados somente de acordo com o tipo base, sem distinção entre modalidades simples/circunstanciada/qualificada, tentada/consumada e dolosa/culposa.*

TIPO DE ATO INFRACIONAL



No que se refere ao tipo de medida processual encontrada, não houve grande discrepância entre o número de *habeas corpus* e o número de Apelações, respectivamente 07 e 06 em números absolutos.

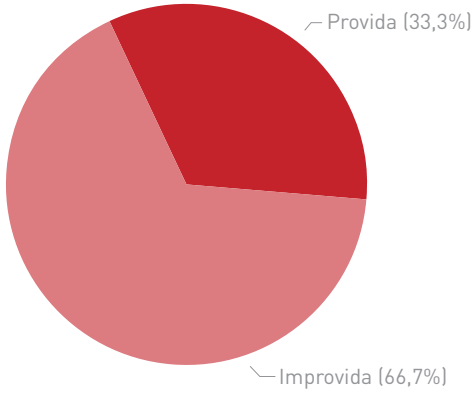
TIPO DE MEDIDA PROCESSUAL



Chama a atenção, no entanto, que, no caso das 02 (duas) apelações interpostas pelo MP versando sobre a impossibilidade de extinção do processo por demora na prestação judicial, ambas foram acolhidas.

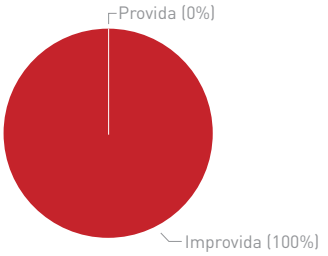
Já todas as apelações interpostas pela defesa do adolescente foram negadas, conforme observamos dos gráficos a seguir:

RESULTADO DO PEDIDO - APELAÇÃO

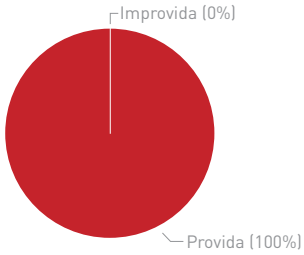


RESULTADO DO PEDIDO CONJUGADO COM PARTE INTERESSADA

Resultado do Pedido - Apelação - Adolescentes



Resultado do Pedido - Apelação - MP

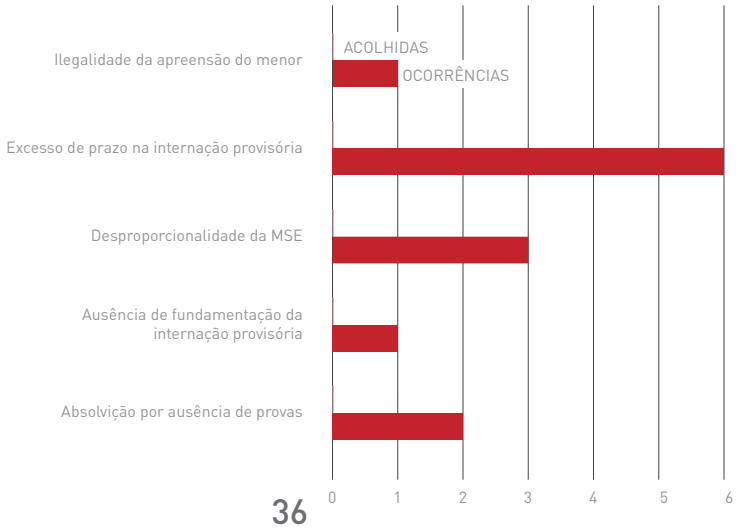


As temáticas apresentadas pela defesa do adolescente, à semelhança do já observado nos Tribunais anteriores, referiram-se à ausência de provas para a imposição da internação, à desproporcionalidade da medida pleiteando outra mais branda e ao descumprimento do prazo legal da internação provisória. A novidade que se pôde encontrar está na discussão da ilegalidade, na apreensão do adolescente e na ausência de fundamentação para a decretação da internação provisória. O percentual mais significativo foi referente ao excesso de prazo na medida de internação cautelar, o que é explicável se comparado às estatísticas do Estado da Bahia, que demonstram a persistência de internação provisória "vencida" nos dados oficiais, evidenciando-se tratar de prática disseminada e aceita no sistema estadual.

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO ADOLESCENTE

TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Absolvição por ausência de provas**	2	0
Ausência de fundamentação da internação provisória*	1	0
Desproporcionalidade da MSE	2	0
Excesso de prazo na internação provisória	6	0
Ilegalidade da apreensão do adolescente	1	0

** A decisão restou prejudicada. ** Quatro decisões restaram prejudicadas.*



Discursos em Destaque TJ/BA:

> *a) "reprimir de forma mais severa tal conduta, em razão das conseqüências danosas à sociedade que o tráfico ilícito de entorpecentes vem causando, já que se trata não de ato infracional que atinge diretamente a bem jurídico de determinada pessoa, mas a toda a sociedade. Em sendo assim, exige-se o balanceamento de valores em oposição: de um lado o 'jus libertatis' do indivíduo, que se revela, à primeira vista, perigoso, intranqüilizando a comunidade; de outro, os interesses relevantes da sociedade, de manutenção da paz social, não sendo possível, no caso concreto, se permitir a reiteração da prática de tal ato infracional".*

Como em decisões de Tribunais de outros Estados, o ato infracional equiparado ao crime de Tráfico de Entorpecentes, embora não comporte violência nem grave ameaça à pessoa, vem sendo reprimido com a imposição de medida de internação sob o argumento de tratar-se de crime hediondo e que, tal qual no trecho em destaque, afeta bem jurídico de toda a sociedade. Esta tendência em coletivizar um suposto bem jurídico reflete aquilo que se convencionou chamar "expansão do direito penal" e configura uma espécie de relativismo jurídico, que dissolve o conceito de bem jurídico em múltiplos, casuais, contingentes e, até mesmo, inconsistentes bens. Trata-se do que Ferrajoli denominou de utilização de termos vagos, imprecisos e valorativos, que derrogam a estrita legalidade dos tipos penais e permitem um amplo espaço à discricionariedade e à "inventiva" judicial[8] , o que não deveria ter guarida em um Estado democrático de Direito. Ademais, o trecho também utiliza o etiquetamento do adolescente como "perigoso" para justificar a medida de internação.

> *b) "Na espécie, cuida-se de conduta grave, com violência a pessoa, que revela desvio de personalidade acentuado por parte do adolescente e inadaptação ao meio, tendo aplicação o art. 122, inciso I, do ECA".*

Novamente, categorias fundadas no desvio de personalidade e na inadaptação ao meio são evocadas para constituir uma periculosidade/perigosidade social que justifique a privação de liberdade.

> *c) "O presente recurso deve ser provido. A reeducação do menor, um dos objetivos perseguidos pelo ECA pode ocorrer até que ele alcance 21 (vinte e um) anos. A demora na tramitação do feito não afasta a aplicação do ECA nem faz com que o Estado perca o interesse de agir, em razão do caráter pedagógico do Estatuto".*

8 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoria del Garantismo Penal. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.475.

Neste trecho em destaque o que está em jogo é o não reconhecimento da prescrição. Argumenta-se que, em face do caráter pedagógico das medidas, nunca se perde o interesse de agir até que o adolescente complete 21 anos. Tal posicionamento está em oposição ao firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 338/STJ que, inclusive, remete aos parâmetros do Código Penal, especialmente a redução do art. 115, CP.

4.1.6. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

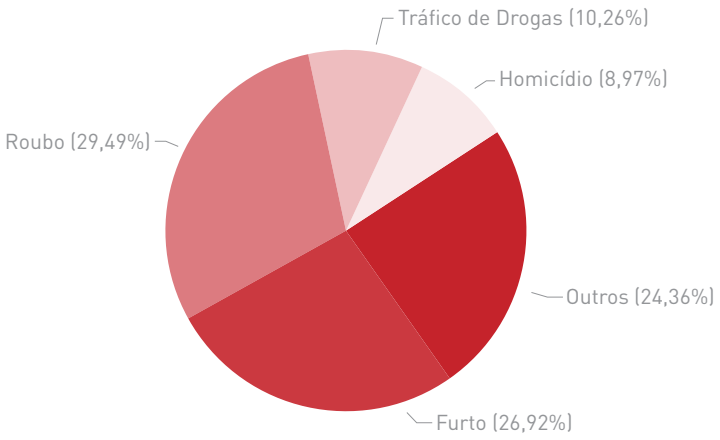
No Tribunal do Rio Grande do Sul, foram estudados 68 casos dentre as 100 ocorrências identificadas sobre medida de internação.

Deste universo, a distribuição dos atos infracionais esteve concentrada em delitos de roubo, 29.49%, furto, 26,92% e outras infrações, 24,36%. O tráfico de entorpecentes, diferentemente dos recursos analisados nos TJs de Rio de Janeiro e São Paulo, não ultrapassou 10% do total.

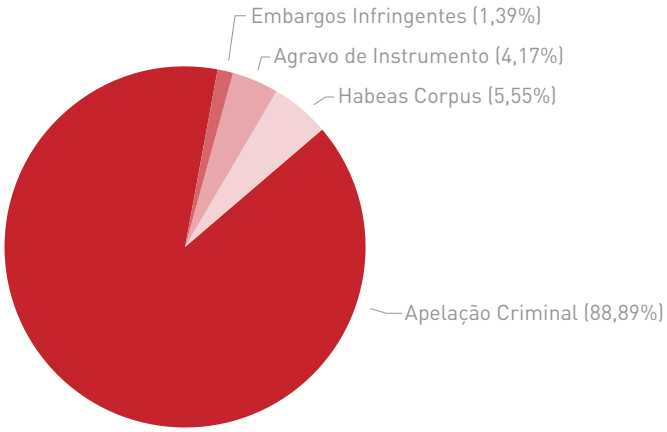
TJRS - TIPO DE ATO INFRACIONAL

TIPO DE ATO INFRACIONAL*	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Furto	21	26,92
Roubo	23	29,49
Tráfico de drogas	8	10,26
Homicídio	7	8,97
Outros	19	24,36
TOTAL	78	100,00

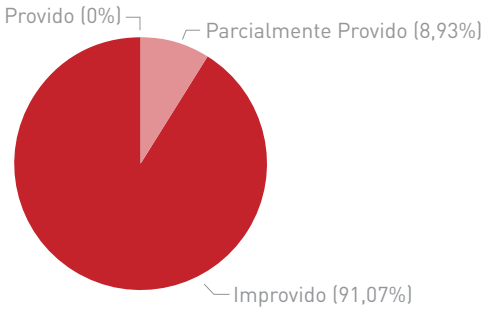
** Atos infracionais classificados somente de acordo com o tipo base, sem distinção entre modalidades simples/circunstanciada/qualificada, tentada/consumada e dolosa/culposa.*

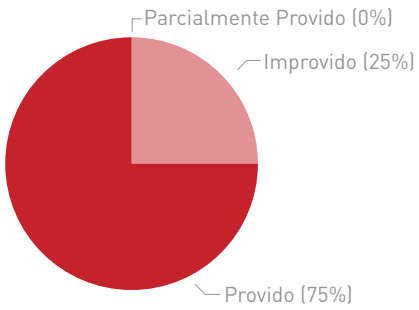


Também no que concerne ao tipo de medida recursal encontrada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul revelou a utilização dos Embargos Infringentes e do Agravo de Instrumento, sem, contudo, alterar predominância da Apelação, em 88, 89% casos.



A mesma tendência, já apontada anteriormente, de desequilíbrio entre o provimento dos recursos do MP e da Defesa também foi verificada, enquanto 91% das apelações da Defesa não tiveram provimento, 75% das apelações do MP foram acolhidas.

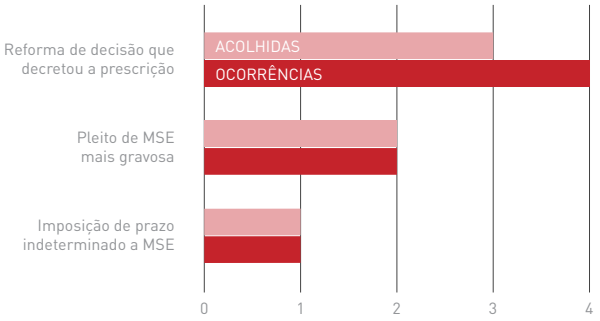




Os pedidos do MP se referiram à reforma da decisão de decretação da prescrição, pleito por medida socioeducativa mais gravosa, e imposição de prazo indeterminado para a execução da medida.

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

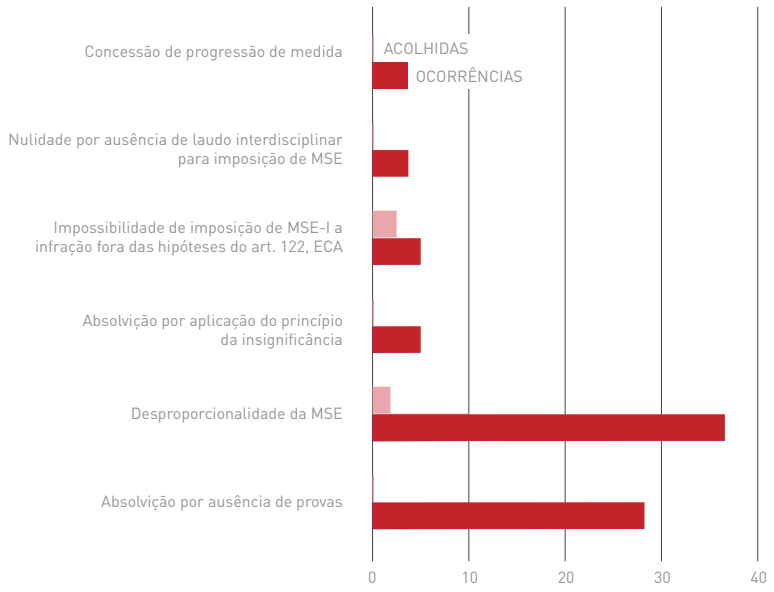
TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Imposição de prazo indeterminado a MSE	1	1
Pleito de imposição de MSE mais gravosa	2	2
Reforma de decisão de decretou a prescrição	4	3



No caso dos adolescentes, os temas mais representativos foram a desproporcionalidade da medida e a ausência de provas para sua imposição, demonstrando que, assim como nos demais Tribunais, estas duas demandas são as mais freqüentes e indicam, portanto, maior necessidade de regulamentação e delimitação por parte da legislação.

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO ADOLESCENTE

TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Absolvição por ausência de provas	27	0
Desproporcionalidade da MSE	36	1
Absolvição por aplicação do princípio da insignificância	4	0
Impossibilidade de imposição de MSE-I a infração fora das hipóteses do art. 122, ECA	4	1
Concessão de progressão de medida	2	0
Nulidade por ausência de laudo interdis-ciplinar para imposição de MSE	2	0



4.1.7 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A análise de decisões relacionadas à aplicação e à execução de medida socioeducativa de internação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) possibilita traçar as principais temáticas que hoje ocupam a instância superior em matéria de interpretação do ECA e privação de liberdade, e, da mesma forma, revelar o trabalho jurisprudencial de atualização e criação do Direito.

A demonstração dos espaços e lacunas deixados pelo texto da lei, que são sistematicamente preenchidos por juízos de valor, evidencia as contradições e os antagonismos que se estabelecem entre juízes singulares, o primeiro grau e o Tribunal Superior, e oferece um roteiro dos aspectos que podem ser modificados por ocasião de uma alteração da legislação. O olhar apurado sobre os julgados indica, conforme já assinalado por Flávio Frasseto[9], de um lado, a receptividade da Corte Federal aos reclamos da defesa e, de outro, que os graus inferiores da Justiça não têm guardado, com a fidelidade esperada, os direitos outorgados aos jovens que poderão receber ou que já receberam medidas socioeducativas.

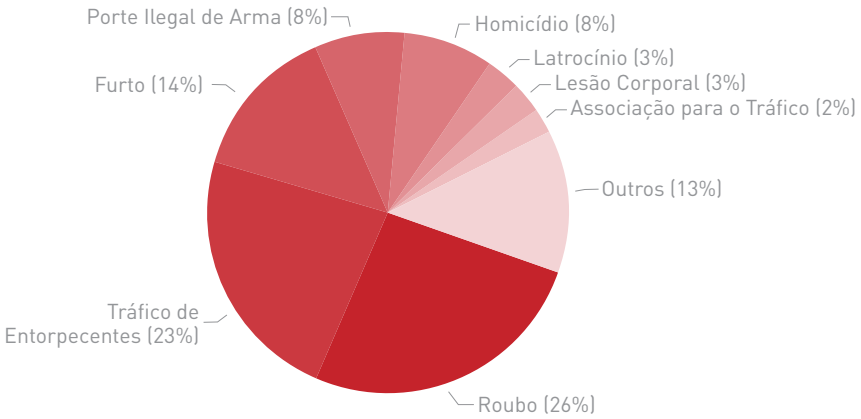
Dos 184 acórdãos encontrados no recorte temporal da pesquisa, 167 estão aqui analisados. Os atos infracionais em debate foram majoritariamente aqueles equiparados aos crimes de roubo, 25,56%, de tráfico de entorpecentes, 23,33% e de furto, 14,44%. Muito embora a medida de internação deva ser reservada aos casos mais graves que comportem violência e ameaça à pessoa, foram encontrados também casos de porte ilegal de arma.

TIPO DE ATO INFRACIONAL*	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Roubo	46	25,26
Tráfico de entorpecentes	42	23,33
Furto	26	14,44
Homicídio	14	7,78
Porte ilegal de arma	14	7,78
Lesão corporal	6	3,33
Latrocínio	5	2,78
Associação para o tráfico	4	2,22
Outros	23	12,78
TOTAL	180	100,00

** Atos infracionais classificados somente de acordo com o tipo base, sem distinção entre modalidades simples/circunstanciada/qualificada, tentada/consumada e dolosa/culposa.*

9 FRASSETO, Flávio Américo. Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: A Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.abmp.org.br/sites/frasseto.

STJ - TIPO DE ATO INFRACIONAL



Conhecer dos atos infracionais que estão presentes nas medidas recursais no segundo grau possibilita avaliar em que medida a tipificação penal e alguns princípios do Direito penal necessariamente devem entrar em cena para a adequada imposição da medida de internação. Da correlação entre o tipo penal, os dispositivos do ECA e determinadas demandas, emergem questões que podem vir a compor propostas de aperfeiçoamento da legislação.

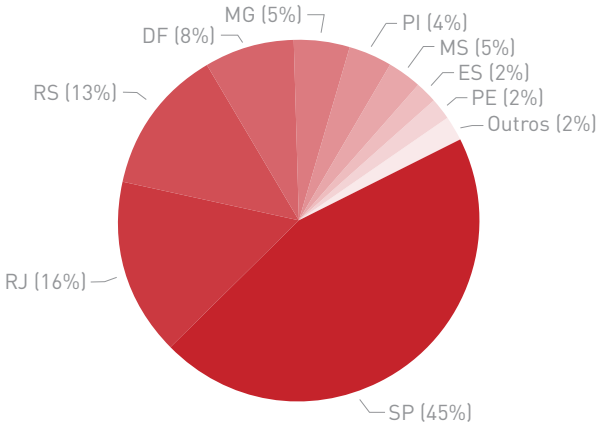
Outro aspecto relevante para o estudo foi identificar a origem dos recursos apresentados, demonstrando de quais Estados da federação origina-se o debate, e, ainda, se são os mesmos que concentram as maiores taxas de internação.

De fato, São Paulo ocupa a primeira posição no número de adolescentes internados no país (4.328 adolescentes) e também no número de recursos impetrados, o equivalente a 44,91% da amostra. Já a segunda posição em número de recursos pertence ao Rio de Janeiro, 15,57% que, em número de adolescentes, está em 4º lugar, com 664 adolescentes privados de liberdade. O Rio Grande do Sul é o terceiro em número de recursos, 12,57% e de adolescentes internados, com 880 jovens nestas condições.

Muito embora o Estado de Pernambuco concentre um número alto de adolescentes cumprindo medida de internação, 1.027 adolescentes, esta realidade não se espelha no conjunto de recursos procedentes daquele Estado. Ou as questões estão pacificadas na interpretação do Estatuto ou há baixa discussão e questionamento por parte da Defesa.

ESTADO DE ONDE PROCEDE A IMPETRAÇÃO OU INTERPOSIÇÃO DA MEDIDA PROCESSUAL

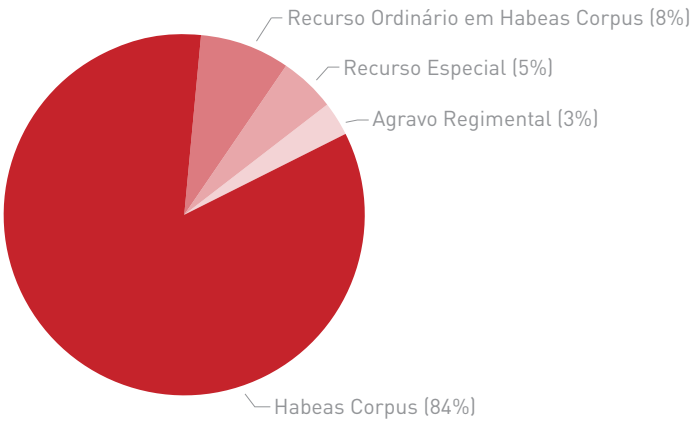
ESTADO	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
São Paulo	75	44,91
Rio de Janeiro	26	15,57
Rio Grande do Sul	21	12,57
Distrito Federal	14	8,38
Minas Gerais	9	5,39
Piauí	7	4,19
Mato Grosso do Sul	5	2,99
Pernambuco	3	1,80
Espírito Santo	3	1,80



Das medidas identificadas, a imensa maioria tratou de *habeas corpus*, com 83,83% do percentual geral, sendo que não houve grande discrepância entre os casos de concessão e denegação neste tipo de recurso, como se constata das tabelas e gráficos a seguir:

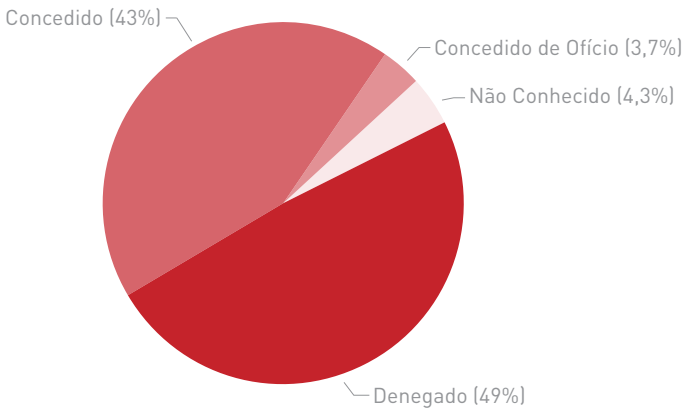
TIPO DE MEDIDA PROCESSUAL

MEDIDA PROCESSUAL	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Habeas Corpus	140	83,83
Recurso ordinário em Habeas Corpus	14	8,38
Recurso Especial	8	4,79
Agravo regimental	5	2,99
TOTAL	**167**	**100,00**



RESULTADO DO PEDIDO

MEDIDA PROCESSUAL	RESULTADO	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Habeas Corpus	Concedido	69	49,29
	Denegado	60	42,86
	Concedido de Ofício	6	4,29
	Não Conhecido	5	3,57
	TOTAL	**100**	**100,00**
Recurso ordinário em Habeas Corpus	Provido	4	28,57
	Improvido	10	71,43
	TOTAL	**14**	**100,00**
Recurso especial	Provido	3	37,50
	Improvido	2	25,00
	Não Conhecido	3	37,50
	TOTAL	**8**	**100,00**
Agravo Regimental	Provido	0	0,00
	Improvido	5	100,00
	TOTAL	**5**	**100,00**

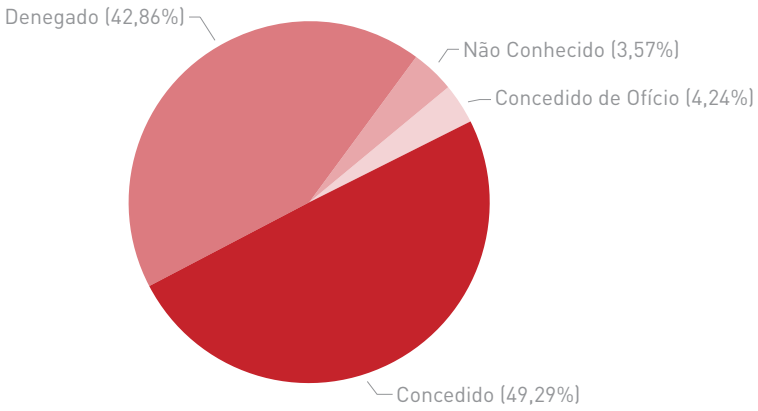


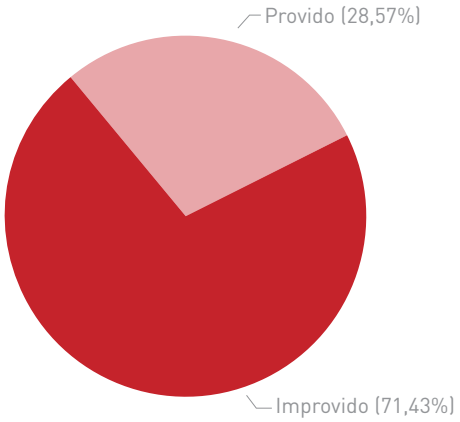
Observando-se a parte impetrante, constatamos que, em apenas um Recurso Especial, o MP contou como parte, pleiteando a reforma da decisão que decretou a nulidade do processo por ausência dos representantes legais do adolescente na audiência de apresentação, e o mesmo recebeu provimento.

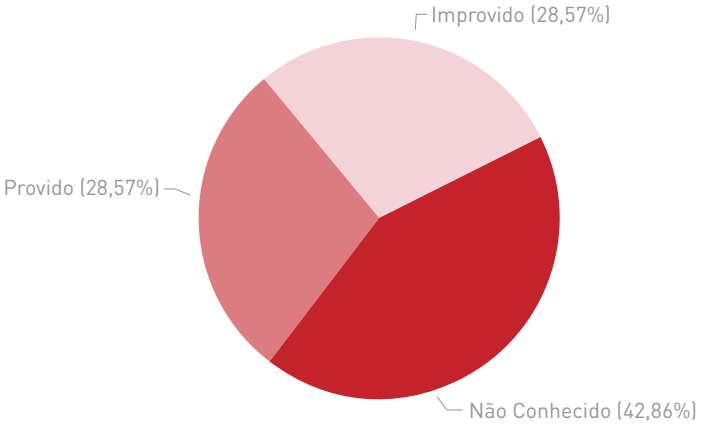
Já dentre os *habeas corpus* impetrados por adolescentes, 49,29% foram concedidos e 42,86% denegados. Somando-se, ainda, a concessão de oficio, 4,29%, pode-se aferir um índice maior de acolhimento que de denegação. No entanto, nos Recursos Ordinários em HC, 71,43% dos pedidos não foram acolhidos e chamou a atenção o percentual de 42,86% dos Recursos especiais que não chegaram a ser conhecidos pelo Tribunal Superior.

RESULTADO DO PEDIDO CONJUGADO COM PARTE INTERESSADA

MEDIDA PROCESSUAL	PARTE	RESULTADO	OCORRÊNCIAS	PORCENTAGEM (%)
Habeas Corpus	Adolescente	Concedido	69	49,29
		Denegado	60	42,86
		Concedido de Ofício	6	4,29
		Não Conhecido	5	3,57
		TOTAL	**100**	**100,00**
Recurso ordinário em Habeas Corpus	Adolescente	Provido	4	28,57
		Improvido	10	71,43
		TOTAL	**14**	**100,00**
Recurso especial	Adolescente	Provido	2	28,57
		Improvido	2	28,57
		Não Conhecido	3	42,86
		TOTAL	**7**	**100,00**
	MP	Provido	1	100,00
		Improvido	0	0,00
		Não Conhecido	0	0,00
		TOTAL	**1**	**100,00**
Agravo Regimental	Adolescente	Provido	0	0,00
		Improvido	5	100,00
		TOTAL	**5**	**100,00**
	MP	Provido	0	0,00
		Improvido	0	0,00
		TOTAL	**0**	**0,00**







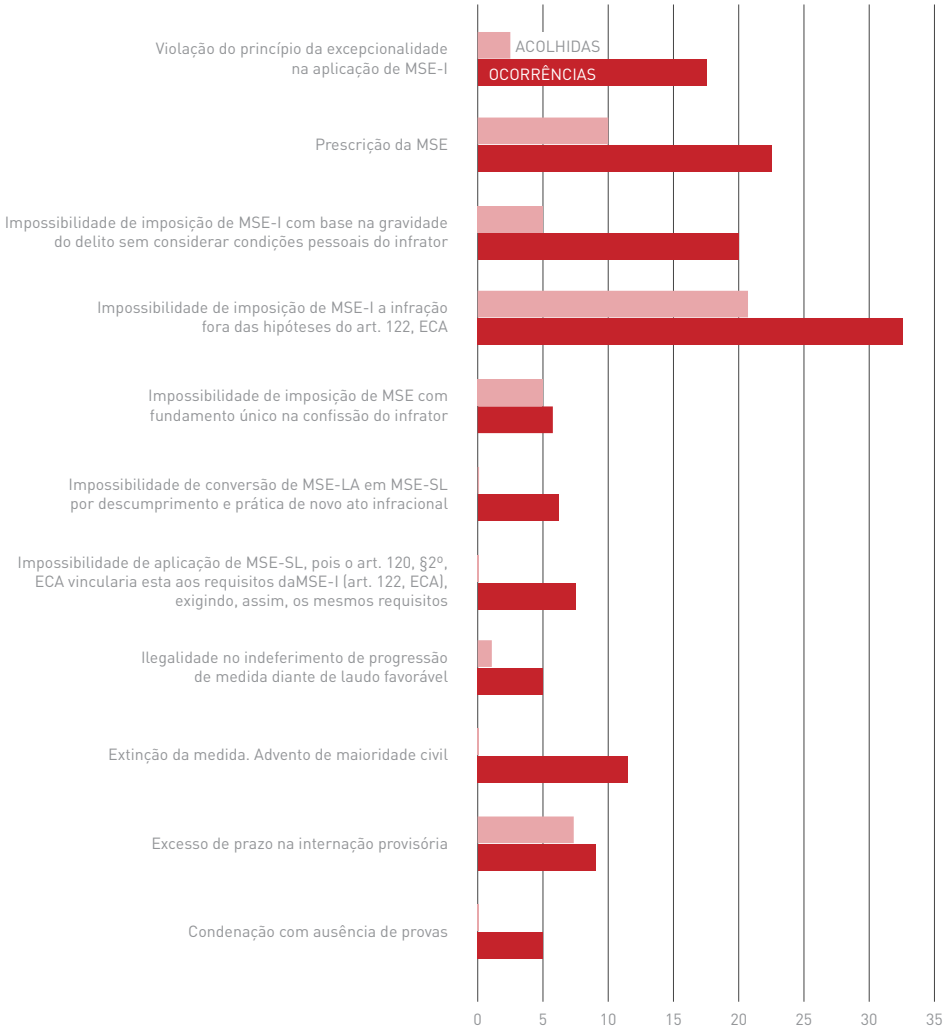
No tocante às questões e aos temas levantados nas medidas recursais apresentadas pela Defesa dos adolescentes, observa-se que, em sua maioria, guardam correspondência com relação àquelas já observadas nos Tribunais Estaduais: imposição da medida de

internação fora das hipóteses legais do artigo 122 do ECA, aplicação automática da internação em se tratando de ato grave (violação do princípio da excepcionalidade), prescrição da medida, questões afetas ao direito à progressão, e ao descumprimento do prazo legal na internação provisória.

Dois outros temas, entretanto, ganharam maior repercussão no STJ: a impossibilidade de fundamentar a decisão de internação unicamente na confissão do adolescente e o advento da maioridade civil como causa extintiva da medida socioeducativa.

TEMÁTICAS VEICULADAS PELO ADOLESCENTE

TEMÁTICA VEICULADA	OCORRÊNCIAS	ACOLHIDAS
Condenação com ausência de provas	5	0
Excesso de prazo na internação provisória	9	7
Extinção da medida. Advento de maioridade civil	11	0
Ilegalidade no indeferimento de progressão de medida diante de laudo favorável	5	1
Impossibilidade de aplicação de MSE-SL, pois o art. 120, §2º, ECA vincularia esta aos requisitos da MSE-I (art. 122, ECA), exigindo, assim, os mesmos requisitos	9	0
Impossibilidade de conversão de MSE-LA em MSE-SL por descumprimento e prática de novo ato infracional	7	0
Impossibilidade de imposição de MSE com fundamento único na confissão do infrator	6	5
Impossibilidade de imposição de MSE-I a infração fora das hipóteses do art. 122, ECA*	32	21
Impossibilidade de imposição de MSE-I com base na gravidade do delito sem considerar condições pessoais do infrator	20	6
Prescrição da MSE*	24	11
Violação do princípio da excepcionalidade na aplicação de MSE-I	17	3



Justamente com relação à confissão, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº. 342, fixando o entendimento de que "no procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente".

Sabe-se que a Súmula 342 foi firmada com base no julgamento de dez *habeas corpus* (desses, nove são provenientes de São Paulo, interpostos pela Procuradoria de Assistência Judiciária, nos. 39.548, 42.747, 42.384, 42.382, 43.392, 40.342, 43.644, 43.657 e 44.275, e um proveniente do Rio de Janeiro, de n.º 32.342), e de um recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC 15.258-SP). De todos os casos, apenas um - o HC não se refere à aplicação da medida de internação[10].

10 FRASSETO, Flávio Américo. Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: A Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.abmp.org.br/sites/frasseto.

4.2 PARTE II – A ELOQUNÊCIA DAS PRÁTICAS: UM OLHAR SOBRE AS VARAS ESPECIALIZADAS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Considerações Gerais

Com o objetivo de dar cumprimento à análise da apuração de ato infracional praticado por adolescente pela Justiça de 1º Grau, foram analisados processos e acompanhadas audiências nas capitais pré-escolhidas, conforme tabela abaixo:

COMARCA	AUDIÊNCIAS	PROCESSOS
São Paulo	15	14
Salvador	15	15
Porto Alegre	12	11
Recife	12	13

A análise qualitativa dos processos e audiências nas Varas da Infância e da Juventude em Porto Alegre, São Paulo, Salvador e Recife concluiu, essencialmente, pelas seguintes notas características:

A: Audiências

1. Adequação, 1.1, no plano formal, dos atos às garantias asseguradas no ECA. Na prática, a duração das audiências era quase sempre inferior a 5 minutos, havendo inquirição de testemunhas em tempo inferior a 3 minutos.

Em São Paulo e em Porto Alegre, é possível que este procedimento seja devido ao número de adolescentes infratores sujeitos à apuração judicial do ato infracional cometido. Deve-se destacar, de qualquer sorte, uma nítida preocupação, em ambos os Estados, com a celeridade no atendimento.

Em Porto Alegre, há uma chamada "Justiça Instantânea", que aplica a medida na apresentação do adolescente e em audiências muito breves. É bem verdade que não se tratou, em nenhum caso, de internação.

Em nome da celeridade, em São Paulo, realiza-se um chamado "julgamento antecipado", que se dá quando, na audiência de apresentação, o adolescente confessa.

Neste caso, o MP e a Defensoria Pública desistiam das testemunhas e da produção das demais provas. Sem prova a colher, não se tem como necessária audiência de continuação, podendo o juiz julgar de plano, aplicando a MSE (LA ou semi-liberdade se reincidente). O MP e a Defensoria abrem mão de recorrer.

A celeridade processual acaba preponderando sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF e art. 110, ECA).

Em Recife (3ª Vara Regional da Infância e Juventude) e em Salvador (2ª Vara da Infância e Juventude), as audiências seguiam à risca o procedimento previsto, embora todos os prazos fossem considerados, sobretudo os de internação provisória.

1.2. Produção de provas, confrontação com testemunhas. Não há confrontação com testemunhas; estas são ouvidas, quando existem, na presença do defensor, apenas, e não também do adolescente. O baixo número de testemunhas, do fato, é impressionante.

Há situações na quais é argüido pelo adolescente que não foi o autor do roubo, mas sim de uma divergência pessoal com a vítima, tendo-lhe sido imputado o crime contra o patrimônio. Mesmo sem o produto do delito, é considerado autor. O princípio do in dubio pro reo não funciona, orientando-se o sistema pela situação social do adolescente e pela prática de fatos anteriores.

Uma constante na produção de prova testemunhal é a ausência de testemunha de defesa. Em Salvador, São Paulo e Porto Alegre, não houve arrolamento de testemunhas pela defesa. Em Recife, em quantidade significativa de casos, os defensores apresentaram testemunhas, todavia, na totalidade dos casos foram "testemunhas de beatificação", não presenciando os fatos.

Familiares, quando presentes, são passivos ou mostram-se irritados com o procedimento do adolescente e não mostram preocupação com a falta de provas de qualquer natureza. Não se dirigem à Defensoria, postulando por imposição de outro regime ou se motivam para recorrer.

1.3. Defesa técnica. A participação da Defensoria é inexpressiva, mantendo-se o defensor quase sempre calado ou requerendo, sem qualquer fundamento persuasivo, transferência para unidade aberta. Quando demanda alguma providência – apuração de

agressão sofrida pelo menor nas dependências da instituição, por exemplo – esta não tem repercussão. Tal situação era distinta quando se tratava de advogado constituído; estes sempre acompanhavam a audiência com atenção, intervindo e realizando perguntas (às vezes até de forma excessiva, a ponto de o juiz considerar a intervenção inoportuna). Em Salvador, assim como em São Paulo, algumas audiências eram realizadas sem que este profissional estivesse presente. Nesta última Comarca, houve audiências que se resolviam no intervalo de tempo em que promotor(a) ou defensor(a) haviam saído rapidamente da sala de audiências, em frontal oposição ao direito de defesa técnica por um defensor público ou advogado constituído.

Em Porto Alegre, a Defesa Prévia era muito semelhante em todos os processos, de forma que, diante de um adolescente, 30 vezes reincidente na prática do crime de roubo, foi pedido pelo defensor o mesmo que pedira em outros processos: cessação da internação provisória ao argumento da "paridade com adultos".

Em Salvador e em Recife, o Magistrado e o MP fizeram, algumas vezes, o papel que incumbia ao defensor. Na capital pernambucana, aconteceu situação na qual o MP orientou a Defensoria a requerer a liberação da internação provisória.

Como a representação do adolescente é basicamente realizada pela Defensoria Pública, 80,00% em Salvador, 66,66% em São Paulo, 91,66%, em Porto Alegre e 81,33% em Recife (nesta cidade, este percentual engloba advogados dativos designados pela OAB para complementar a atividade da Defensoria) – constituindo a defesa por advogados particulares um percentual mínimo – pode-se concluir que a defesa própria do contraditório consiste, nestes casos, apenas na designação de um profissional para comparecer à audiência.

2. Posição do Ministério Público e do Magistrado. O Magistrado inicia e lidera as audiências, tomando decisões referendadas ou debilmente contestadas pelo MP ou Defensoria.

Há um grande número de audiências em São Paulo e Porto Alegre – que se realizam, por vezes, nos dois turnos do dia –, todas contando com a presença ativa dos juízes.

O MP, o juiz e o Defensor Público – sobretudo, em São Paulo e em Porto Alegre – trabalham em sintonia na aplicação da medida socioeducativa, o que lhes confere a aparência de "junta administrativa" ou de "conselho tutelar" e não de justiça infanto-juvenil, já que tudo corria em

comum acordo (deduzido do longo e constante silêncio dos possíveis interessados) entre juiz, promotoria e Defensoria.

Os juízes, apesar da celeridade dos atos, demonstravam seriedade e bom-senso na escolha da medida compatível, dentre as previstas, com o fato praticado. Não se entende, todavia, que isso dispensa a salvaguarda dos interesses do Estado/Sociedade (Promotoria) e do menor (Defensoria).

Deve-se destacar também que o Magistrado assume o papel de admoestador, advertindo para as conseqüências mais gravosas que uma transgressão pode gerar.

Pode-se afirmar que os procedimentos do contraditório dizem respeito mais à solenidade do que ao conteúdo, de forma que, em se tratando de adultos que na mesma situação tivessem praticado as mesmas ilicitudes, dificilmente, teriam tido como resposta a privação da liberdade.

3. Outras observações. São usadas expressões do direito penal de adultos, tais como: cadeia, prisão, inquérito, condenado.

Em Porto Alegre, é comum o uso de algemas, mesmo na sala de audiências, onde são retiradas apenas durante o seu curso, sendo recolocadas à vista do Magistrado, do defensor e MP. Trata-se, segundo explicação, de "regra de manejo da instituição que abriga os adolescentes, aprovada pelo Conselho". Houve uma audiência na qual foi decidida a liberação do adolescente que já cumprira seis meses de medida e, ainda assim, foram recolocadas as algemas.

Há relatórios de agressão de sócio educador ao adolescente (01, na Bahia – punido - e 01 em Porto Alegre), tendo o adolescente sido removido para alojamento individual. Nesta ocasião, a Defensoria pediu apuração, mas seu pedido não obteve repercussão.

B. Processos

Fase policial: a documentação encontrada nos processos sobre a fase policial sempre foi rica, com informações sobre apreensão, instrumentos e objetos do crime. Em Porto Alegre e Recife, dispõem-se de formulários para atendimento às exigências dos artigos 106, parágrafo único, e 107 do ECA. Na capital gaúcha, curiosamente, em

todas as amostras examinadas, a família não foi contatada em razão de falha telefônica. Em Salvador, não consta qualquer informação sobre tal comunicação nos processos examinados e não há reação da Defensoria ou do MP quanto à omissão.

1. Apreensão. Na maior parte das vezes, 66,66% em Salvador, 78,57% em São Paulo, 91,66% em Porto Alegre, 92,31% em Recife, o adolescente era apreendido em flagrante. É importante destacar que, após a apreensão, o menor raramente era liberado (art. 174, ECA), não havendo registro algum sobre o motivo da sua não liberação.

Em algumas capitais, não há sequer uma liberação do adolescente apreendido desta forma e, em outras – São Paulo – 81,82% das apreensões são mantidas. Pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência, registrado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" tem um alcance restrito na área dos adolescentes. A privação cautelar da liberdade é regra para esses enquanto que, para adultos, exige-se que o juiz demonstre a ocorrência de *fumus boni iuris e periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) para a decretação da custódia cautelar. Não há, para os imputáveis, prisões processuais obrigatórias, quais sejam, as que decorrem de forma automática de determinado evento processual, ou ainda do cometimento de crimes graves como se tem feito com os jovens menores de 18 anos.

Recife foi a única cidade que apresentou um significativo índice de liberações (41,67%), em virtude do binômio baixa gravidade dos delitos - efetividade da comunicação aos pais da apreensão. Além disso, outra justificativa a se destacar é a existência de um órgão policial específico (Gerência de Proteção da Criança e do Adolescente - GPCA) para apurar os atos infracionais, recebendo os policiais cursos e orientações dos magistrados das Varas Regionais da Infância e Juventude sobre os procedimentos e garantias estabelecidos pelo ECA nesta fase pré-processual.

2. Audiência pré-processual. Não havia, em regra, informações suficientes sobre a audiência de apresentação ao MP. Este foi o momento processual mais difícil de investigar. Em São Paulo e em Salvador, não constavam nos autos registros sobre a audiência com o MP, no máximo alguma breve referência trazida pela representação. Em Porto Alegre, estes eram muito breves. Recife, mais uma vez, apresentou uma situação diferenciada, constando nos processos um relatório da audiência, com

informações sobre o ato, o menor e seu depoimento.

A representação, sempre muito simples, deixa de fornecer elementos precisos sobre a materialidade e a autoria. As informações obtidas foram retiradas de simples parágrafos que constavam na representação.

As confissões feitas nesta fase são consideradas e repercutem na fase processual. Deve-se ressaltar que o paradigma subjetivista do Código de Menores, que atribuía ao juiz um arbítrio excessivo na aplicação de medidas ao argumento de sua atitude protetora, repete-se junto a outro sujeito do processo, o MP. Com efeito, não existe bom ou mau subjetivismo; como diz Emilio Garcia Mendez, toda vez que se foge da estrita legalidade, prevalece a lei do mais forte. O argumento utilizado nesses casos é o de que as investigações da fase extrajudicial se revestem de certa natureza inquisitiva, visando à formação do convencimento ministerial, mas elas são também, na verdade, um instante de defesa do acusado.

Ocorre, ademais, que o MP decide-se pela oferta da ação sócio-educativa acompanhada de pedido de internação provisória em 66,66% das vezes em Salvador, em 90,91%, em Porto Alegre e em 92,86% dos atos infracionais em São Paulo. Este contato inicial do adolescente com o sistema especial de apuração do Estado é, portanto, gravoso. O suposto caráter educativo das medidas não deve justificar a subtração de direitos.

Recife, pelo contrário, apresentou, comparativamente, um baixo índice de pedidos de representação cumulados com a requisição de internação provisória (38,46%), havendo, inclusive, dois casos nos quais o MP requisitava na representação a liberação do adolescente preso em flagrante, fato não observado em nenhuma das outras cidades.

3. Audiência de apresentação. É expressivo e impressionante o número de adolescentes que confessam por ocasião da audiência de apresentação, 88,89%, em Recife, 80%; em Salvador, 64,29%, em São Paulo, mas apenas 9,09% em Porto Alegre. A falta de confissão não interfere na decisão pela aplicação da medida socioeducativa.

4. Medidas impostas. A medida socioeducativa de internação foi a mais aplicada, mas

os atos infracionais, com violência, praticados contra a pessoa representam um percentual pequeno da totalidade de casos examinados. Há, todavia, um número expressivo de ato infracionais contra o patrimônio (roubo). Somados aos casos de crimes violentos contra a pessoa, estes delitos representam, todavia, um patamar inferior ao número de medidas de internação aplicadas, o que revela que os magistrados não impõem internação apenas porque a situação é objetivamente permitida pela lei.

Recife mostrou um panorama diverso do constatado em outras cidades, apresentando uma aplicação diversificada das medidas oportunizadas pelo Estatuto. A internação foi utilizada como medida realmente excepcional, seguinte às diretrizes do ECA. Dentre 09 condenações, apenas 02 – ou seja, apenas 22,22% – se valeram na medida extrema.

4.1. Fundamentos. A medida socioeducativa de internação é aplicada, majoritariamente, em razão da prática de infração cometida com violência ou grave ameaça à pessoa. Em segundo lugar, desponta como causa a reiteração na prática de infração grave. A falta de consenso doutrinário sobre o significado de reiteração (se reincidência ou prática de mais de duas infrações) e também sobre infração grave (se aquelas punidas com pena de reclusão, se da mesma natureza das que admitem a internação – crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa) permite o agasalhamento de situações diferentes na mesma hipótese.

5. Recursos. Constatou-se uma séria realidade: a ausência de cultura recursal na justiça infanto-juvenil. Nem o MP nem a Defensoria costumam recorrer, sendo, assim, corrente o trânsito em julgado das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau. Pode-se afirmar que a garantia processual do duplo grau de jurisdição – corolário do devido processo legal e da segurança jurídica visada com as decisões judiciais – não se materializa na realidade prática

Do total de processos examinados, em apenas dois casos, um em São Paulo e outro em Porto Alegre, houve interposição de recurso, sendo recorrente o adolescente. A eles não se deu, porém, provimento.

5. CONCLUSÕES

Como mencionado, este relatório sintetiza os resultados do Projeto de Pesquisa "Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência" de responsabilidade da Universidade Federal da Bahia (UFBA) no âmbito da linha de pesquisa Estatuto da Criança e do Adolescente: apuração do ato infracional atribuído a adolescente do Projeto Pensando o Direito – Edital 01/2009.

As principais considerações explicitadas nos dois relatórios anteriores são retomadas com o fito de fundamentar e justificar a proposta de alteração do ECA que ora apresentamos.

A análise dos dados coletados junto aos Tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça em matéria de medida socioeducativa de internação, e posteriormente, a observação de casos junto às Varas da Infância e Juventude de São Paulo, Porto Alegre, Recife e Salvador, permitiram concluir que, apesar das propostas garantidoras do Estatuto, a prática forense nem sempre está com ela alinhada. Foi possível constatar que a medida de internação é sistematicamente imposta com baixa fundamentação legal. Em muitos casos, sem a devida consideração dos requisitos legais exigidos pelo ECA.

A insuficiência de fundamentos jurídicos e a ampliação dos requisitos legais quando da imposição de medidas de internação, bem como a observação do funcionamento do Sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude, demonstram que algumas questões podem vir a ser sanadas ou minimizadas a partir de um aperfeiçoamento do instrumento legal. É justamente nesta direção que são indicadas possíveis alterações ou inclusões no texto do ECA.

É importante também que se destaque a fragilidade da doutrina jurídico-penal na área de infração penal praticada por adolescentes como uma das razões para a informalidade dos procedimentos que resultam em privação da liberdade. Acredita-se que é possível atribuir, parcialmente, esse procedimento a um sistema anterior que limitava a abordagem do direito a poucos e imprecisos dispositivos procedimentais. Como se pode constatar, para a boa doutrina penal brasileira, a questão se resumia, praticamente, ao bom senso e à prudência do magistrado (nem sempre presentes). Tais atitudes subjetivas supririam qualquer outro cuidado externo por parte do Poder Público. Não havia, desta forma, como construir um

corpo doutrinário nem formar intérpretes e doutrinadores sobre tais bases. Este legado de exagerada atitude assistencial tem permitido que, mesmo sob a égide do Estatuto, as práticas judiciais atuais sejam ainda inspiradas, muitas vezes, no modelo anterior. Ou seja, a hesitação em adotar um modelo amplamente garantista para o adolescente tem permitido decisões díspares, facilitando excessivamente a discricionariedade na apuração da infração praticada e a conseqüente aplicação da medida.

Como se pôde perceber da análise realizada, em seus quase 20 anos de vigência, o ECA vem sendo interpretado de forma bastante heterogênea pela jurisdição de primeiro grau, por meio de entendimentos, em geral, contrários aos principais pleitos da defesa. Observa-se uma inquestionável tendência de negação às suas teses na maioria dos Tribunais e uma cristalização de procedimentos irregulares se contrastados ao texto da Lei.

Chama a atenção, ainda, que, do conjunto de recursos nos quais adolescente é parte, temas centrais como a insuficiência de provas na condenação, a imposição da medida fora das hipóteses legais do artigo 122 do ECA, e a inobservância do princípio da excepcionalidade não chegaram a obter sequer 25% de acolhimento.

De outro lado, os dados coletados permitem também concluir que os demais atores do processo não se comportam com a diligência esperada à função que exercem, favorecendo de igual maneira o decisionismo judicial e a baixa formulação doutrinária. Apenas para registrar um exemplo, os adolescentes que praticaram uma das condutas que poderá concluir por internação, são ouvidos pelo MP sem assistência de advogado ou, sequer, de parentes. Ocorre, todavia, que, nesta fase, é comum a confissão do autor.

Revela-se, neste cenário, a dupla crise a que Emilio Garcia Mendez se refere e que afeta o ECA de forma bastante incisiva. Ou seja, as normas estatutárias estão expostas a uma crise de interpretação e de igual modo a uma crise de implementação. É dizer, alguns eufemismos que perpassam a legislação como um todo e, em especial, por exemplo, a definição da medida privativa de liberdade como internação em estabelecimento educacional (artigo 116 do ECA) favorecem que sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa interpretação de que a medida de internação constitui-se em uma "benesse" e reveste-se de caráter protetivo afasta sua verdadeira índole penal e, conseqüentemente, os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados neste campo.

Garcia Mendez compreende que a crise de interpretação do ECA não possui natureza técnica e sim está vinculada à persistência das "boas" práticas tutelares e compassivas, ou seja, vincula-se a uma cultura que, aparentemente progressista, é, em realidade, messiânica, altamente subjetiva e discricionária.

Pode-se acrescentar, ademais, que os princípios do direito penal liberal não são observados com relação ao adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional, haja vista, por exemplo, o princípio da insignificância considerado como instrumento de interpretação restritiva que exclui o crime quando não há lesão significativa a um bem jurídico formalmente protegido, que não é sequer analisado pelos tribunais.

Sobressaem, nesse mesmo âmbito, as questões relativas à prova – ou seja, à limitada importância conferida ao instituto - observada durante a coleta de dados das decisões judiciais. O mesmo ocorre com as sentenças em favor da internação, que demonstram um franco desprezo pelo princípio do *in dubio pro reo*.

A questão afeta à imposição da medida de internação sem a presença robusta de provas esteve presente, sem exceção, em todos os Tribunais, e com maior predominância no Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo.

A insuficiência de provas eiva o modelo processual de tipo acusatório, consectário do devido processo legal - expressão maior das garantias processuais – uma vez que este pressupõe o contraditório (paridade de armas, a defesa se pronunciar sempre depois da acusação, etc), a garantia da ampla defesa (defesa técnica e autodefesa), do duplo grau de jurisdição, da proibição das provas ilícitas, dentre outras.

Como ensina Aury Lopes Junior, "a única verdade admissível é a verdade processual, produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contradição e defesa". O desrespeito ao disposto nos artigos 114 e 189 do Estatuto quanto à necessidade de prova da autoria e materialidade da infração para a imposição de medida socioeducativa revela que as condições pessoais dos adolescentes permanecem sendo evocadas como justificativa da intervenção socioeducativa, configurando a persistência de um direito penal do autor no sistema de justiça da infância e juventude.

A preocupação com uma resposta rápida para a situação contribui, sobremaneira, para que as garantias formais não se concretizem no plano material. Como se observou, as audiências em alguns Estados são céleres, não ultrapassando alguns poucos minutos.

Outro aspecto se refere à legalidade estrita, que não chega a alcançar aos adolescentes sentenciados, haja vista a regra de indeterminação do prazo de duração da medida de internação que atualiza, no sistema, a concepção benéfica e pedagógica da função repressiva. Outras medidas sequer consignam tempo máximo de aplicação.

Igualmente, a desconsideração de dispositivos justificadores e de dirimentes, e o não reconhecimento da perda da pretensão punitiva por parte do Estado em razão do decurso de tempo, revelam que, no campo da imposição das medidas socioeducativas, e, em particular, da medida de internação, a regra é a intervenção socioeducativa de caráter ilimitado.

Um sistema deve ter uma orientação definida, sobretudo quanto aos fins buscados com a medida de internação porque apenas a consideração de que esta tem uma natureza protetiva pode justificar a falta de limites para sua decretação. Se é bem verdade que certas peculiaridades do conjunto normativo penal voltado para adolescentes devam ser preservadas, é certo também que estas não devem consistir em um tratamento jurídico mais gravoso. Considerando que um estatuto especial existe para ajustar-se ao destinatário da norma, sujeito distinto dos adultos, a especificidade não pode se restringir a tênues limites ao poder de punir do Estado. Tão pouco o respeito a uma condição de vulnerabilidade acrescida pode ter como fundamento uma suposta idéia metafísica de proteção e tutela.

Não foram poucos os exemplos, durante a análise de processos, que denotaram um automatismo na aplicação da medida de internação em desconsideração inclusive a regras expressamente indicadas pela legislação, como é o caso da excepcionalidade.

Por fim, merece sublinhar que a busca por um modelo garantista nos procedimentos de apuração da responsabilidade do adolescente e da conseqüente imposição de medidas socioeducativas não se confunde com a transposição automática de regras do sistema criminal de adultos, nem tampouco com a inserção dos sujeitos – pessoas em processo de desenvolvimento – em um modelo, ainda, francamente, retributivo. Trata-se de buscar a construção de um sistema específico que, ao tempo em que atenda à defesa social, possa permitir que os adolescentes sejam tratados como seres em desenvolvimento. Isto significa que têm a oportunidade de, a partir do fato e da consciência de sua repercussão social, reorientar sua trajetória.

Finalmente, ao se observar, mais de perto, a experiência do adolescente autor de ato infracional diante do sistema de justiça é difícil não sucumbir à tendência de analisar o fato criminoso dentro de um determinado contexto social. É bem verdade que inúmeras

teorias já pretenderam compreender as razões pelas quais a sanção penal concentra-se sobre as classes menos favorecidas, levando alguns a estabelecer uma causalidade necessária entre pobreza e crime pelas frustrações determinadas pela falta de recursos necessários à sobrevivência. Na perspectiva do interacionismo simbólico, esta ligação entre delito e reação social é também recíproca e inseparável, podendo-se afirmar que as expressões são atreladas uma à outra na medida em que o desvalor do delito não está na conduta praticada, mas sim numa qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social que são seletivos e discriminatórios.

Sob esta ótica, a pobreza não seria causa de crime, mas sim o foco favorito do sistema criminal. Por uma ou outra razão, a questão da internação de adolescentes socialmente excluídos ou desfavorecidos ganha especial importância, seja para impedir que a internação ocorra como o resultado (ainda que inconsciente) da necessidade de controle social, seja porque não parece justa a segregação de uma pessoa a quem o Estado nada deu e, no caso, tudo toma.

A opção do direito brasileiro pela consideração do fato, e não do autor, como motivo para reação do Estado (no ECA fixada nos artigos 103 a 105), impõe que a atenção do magistrado seja concentrada na infração praticada pelo adolescente. Isto não implica, porém que o sujeito do crime deva ser ignorado em suas circunstâncias. No direito penal de adultos, em face da maior amplitude de alternativas diante da sanção, a consideração do autor do crime está disposta em diversos dispositivos do qual se destaca o artigo 59 que impõe a análise de diversos elementos subjetivos: culpabilidade, personalidade conduta social, motivação. Da mesma forma, o ECA manda que se aprecie, em sua aplicação, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º) e a capacidade do adolescente de cumprir a medida aplicada (artigo 112). Isto não quer dizer, é bem verdade, que a situação pessoal deva prevalecer sobre o ato infracional praticado, uma vez que o estatuto pretende evitar internações realizadas apenas em razão do estado do indivíduo e não de sua conduta. Tal prática, que a primeira vista pode parecer humanitária, já permitiu que pessoas fossem punidas em razão do que eram e não pelo que faziam, reforçando a exclusão dos não desejados.

Desta forma, o único encaminhamento da questão capaz de garantir menos arbitrariedade na disciplina da infração penal cometida por adolescente, é aquele mesmo conquistado para os adultos, qual seja, um sistema garantista fundado na estrita legalidade e no devido e justo processo penal.

Por isso mesmo, a lei deve ser valorizada como critério exaustivo na definição do fato que merece a reprovação e a conseqüente sanção. Se o Estado só deve intervir na esfera de liberdade de um cidadão para garantir a segurança, os direitos dos demais cidadãos, os atos que realizam esses ataques devem ser externos e constatáveis. Ao cidadão, adolescente ou adulto a quem se imputa a prática do crime, deve-se, em igualdade de oportunidades, oportunizar o pleno contraditório.

O ECA, sem dúvida, representa um grande avanço neste caminho, mas muito ainda deve ser feito, no plano legal para superação da ideologia da internação protetora e supridora de necessidades não atendidas pelo Estado. A explicitação dos direitos e garantias dos adolescentes e seu rígido cumprimento permitirão, em algum tempo, a construção de doutrina sólida e consistente na área, evitando formulações de urgência e díspares. Ou seja, não deve o Estado se satisfazer com um sistema parcialmente garantidor, o que produz efeito mais simbólico do que efetivo.

O asseguramento de direitos, certamente, não impedirá, por si só, que os mais débeis sejam alcançados pelo sistema. Isto ocorre também com relação aos adultos que são selecionados dentre os que já são socialmente excluídos. Impede, todavia, que esta seleção se faça como pura forma de conter aqueles que não foram absorvidos pelo sistema.

6. REFERÊNCIAS

AROCA, Juan Monteiro. **Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

CANARIS, Claus Wilheim. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVALIERI, Alyrio (Org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Rio de janeiro: Editora Forense, 1997.

COSTA, Ana Paula Motta. **As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida de internação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando & GARCIA MENDEZ, Emilio. (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoria del Garantismo Penal.** 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FRASSETO, Flávio Américo. **Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: A Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em www.abmp.org.br/sites/frasseto.

GARCIA MENDEZ, Emilio. **Breve Histórico dos Direitos da Criança e do Adolescente. In: Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente.** FIGUEIROA, Ana Claúdia (coord.), São Paulo: CBIA/Cedeca-ABC, 1994.

———— .**Derecho de la Infancia-Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral.** UNICEF. Bogotá: Forum Pacis, 1994.

————. **Do avesso ao Direito: da situação irregular à proteção integral da Infância e da Adolescência na América Latina.** São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

————. **Infância e cidadania na América Latina.** São Paulo: Hucitec/IAS, 1998.

————. **Adolescentes y Responsabilidad Penal.** Buenos Aires: Editorial ADHOC, 2001.

————. **Infancia: De los derechos y de la justicia.** 2ª ed. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2004.

————. **Evolución histórica del Derecho de La Infancia: Por que uma historia de los derechos de La infancia?** IN: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD, 2006.

LOPES JUNIOR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O Direito Penal da Emoção: A inimputabilidade do menor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.** IN: CPC, num. 12, Madrid, 1980.

———. **Derecho Penal y Control Social.** Jerez, Fundación Universitaria, 1985.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

———. **Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

———. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIRES, Alvaro Penna. **Alguns Obstáculos a uma Mutação "humanista" do Direito Penal.** IN: Sociologias – Revista semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS – ano 1 – nº 1- Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre: 1999.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

———. **Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente.** IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais- número 58 – janeiro/fevereiro de 2006, São Paulo: IBCCRIM, 2006.

———. **Princípios e Garantias para um Direito Penal Juvenil Mínimo.** IN: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

———. **Pedagogia do Medo: Adolescentes em conflito com a lei e as propostas de redução da idade penal.** IN: Cadernos Adenauer II (2001), nº 6 - As Caras da Juventude. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana: perspectivas – disjuntivas.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

———. **Derecho Penal: parte general.** 2ª ed. Buenos Aires: Editora Ediar, 2002.