

INTRODUÇÃO

Quando falamos em adolescentes autores de atos infracionais, a reação mais freqüente é a de temor, receio e repulsa. Os meios de comunicação trazem ao nosso conhecimento notícias de atos bárbaros cometidos por crianças e adolescentes, levando boa parte da sociedade, influenciada às vezes pelo sensacionalismo do noticiário, a especular sobre a necessidade de mudanças na legislação, de modo a mais severamente punir tais atos infracionais.

Geralmente tais informes trazem notícias de atos graves e violentos, que aumentam a repulsa e geram perplexidade nos cidadãos, levando-os à, deliberadamente questionarem a legislação destinada aos adolescentes autores de atos infracionais.

De certo que à gravidade do ato infracional cometido, deve corresponder medida sócio-educativa adequada, de modo a efetivamente cumprir o papel previsto na legislação, qual seja, a ressocialização do adolescente.

O atual modelo da medida sócio-educativa privativa de liberdade, a internação, merece de nossa parte certa discordância, vez que sua aplicação leva ao recolhimento do adolescente em instituições com características semelhantes às cadeias destinadas aos adultos e como é sabido o formato dessas instituições não representam hoje modelo capaz de ressocializar o adulto criminoso, tampouco o adolescente infrator, questionando-se inclusive se não ferem direitos e garantias fundamentais.

As cenas das constantes rebeliões ocorridas nessas instituições, cada vez mais aproximam cadeias públicas e instituições destinadas a internação de adolescentes infratores, demonstrando claramente o insucesso prático para a aplicação da medida privativa de liberdade aos adolescentes.

Não obstante o comentário inserido acima, não é ele o objeto central deste estudo, pois além da medida da internação, existem outras modalidades destinadas aos autores de práticas infracionais, que geralmente não são exploradas pelo noticiário e pela mídia em geral, fazendo com que sejam ignoradas por grande parte da sociedade. Dentre essas medidas sócio-educativas está a liberdade assistida, instituto que aproxima o adolescente infrator da família, da sociedade e do Estado, e sobre o qual explanaremos no presente estudo.

Deste modo, visa este estudo, dentro dos Direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição brasileira, focar o direito à liberdade do adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos), mais especificamente o adolescente infrator sujeito à aplicação da medida sócio-educativa liberdade assistida, prevista no artigo 118 da Lei 8069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com base nos dispositivos constitucionais relativos aos direitos humanos fundamentais, destacando-se o princípio da liberdade, procuraremos traçar um paralelo entre a medida sócio-educativa prevista na lei especial e sua eficácia como forma de garantia ao adolescente infrator da ressocialização e da efetivação do direito à liberdade conforme previsto na Lei Maior.

A proposta deste trabalho é, considerando os dispositivos legais, os deveres da sociedade e do Estado, discutir o direito à liberdade dos

adolescentes que praticam atos infracionais, durante e/ou depois de cumpridas a medida sócio-educativa prevista no artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando seu reingresso ao convívio social e conseqüentemente sua inclusão na sociedade, de modo a não mais delinqüirem.

Sem maiores pretensões e com base em pesquisas de campo e entrevistas, analisaremos se a medida em comento da liberdade assistida requer reformulação para melhor assistir os direitos da criança e do adolescente.

1. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1.1. Conceito de Direitos Fundamentais

Para Alexandre de Moraes, direitos humanos fundamentais são: *“O conjunto institucionalizado de Direitos e do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”*.¹

José Afonso da Silva sugere as seguintes características dos Direitos fundamentais²:

“(a) Historicidade – são históricos como qualquer Direito. Nascem, modificam-se e desaparecem (...);

b) Inalienabilidade – são Direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial (...);

c) Imprescritibilidade – (...) não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis (...) e

d) Irrenunciabilidade – não se renunciam Direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.”

Nos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, aprendemos que os Direitos fundamentais cumprem “a função de Direitos de

¹ Alexandre de Moraes. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal**, p. 39.

² José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 181.

defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente Direitos fundamentais (liberdade-positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.³

As palavras do constitucionalista português encerram duas considerações de extrema relevância.

Primeiro, seu caráter positivo, enquanto incorporação no ordenamento escrito e segundo, esta positivação deve ocorrer do bojo do mais importante diploma jurídico: a Constituição.

Podemos complementar o conceito de Direitos fundamentais com a afirmativa de José Carlos Vieira de Andrade, constitucionalista português, de que estes possuem juridicidade específica por constarem desse instrumento de Direito interno denominado Constituição; e ainda complementa dizendo que “seu valor jurídico, a sua força de conformação não foram sempre os mesmos, mas não há dúvida hoje que comandam todo o ordenamento jurídico, impondo-se à própria função legislativa por força do princípio da constitucionalidade”.⁴ A utilização das expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos merecem alguma explicação.

Por um lado, parte da doutrina afirma que a expressão “Direitos Humanos” tem origem inglesa – *human rights* – enquanto “Direitos

³ Jose Joaquim Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 51.

⁴José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, p. 33.

Fundamentais” seriam fruto da tradição continental, notadamente germânica. Diferentemente, outros autores acreditam que a diferença encontra-se no âmbito da aplicação do conceito: os Direitos Fundamentais restringem-se ao âmbito constitucional, garantidos e limitados no tempo e no espaço, enquanto os Direitos Humanos ao âmbito internacional; constituem Direitos de todos os povos.

Constituem assim classes variáveis ao longo do tempo, modificando seu elenco no compasso da alteração das condições históricas. Como salienta Celso Albuquerque Mello⁵, não estão tais Direitos relacionados em uma lista imutável, porque “a natureza humana está em construção, vez que ela apenas pressupõe a sociabilidade do homem, e esta vai criando novas formas de pensar”.

O mesmo argumento pode ser aplicado tanto para os Direitos humanos quanto para os fundamentais. Hoje as Constituições fixam princípios e linhas gerais para guiar o Estado e a vida em sociedade com a finalidade de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes.

1.2. Evolução histórica

Ensina Alexandre de Moraes que “os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas

⁵ Celso Albuquerque Mello, **Direitos Humanos e Conflitos Armados**, p. 4 e 28.

civilizações, até a conjunção dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.⁶

Prossegue o autor, ensinando ainda que existe um ponto fundamental em comum nessas idéias, “*a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo*”.⁷

Assevera mais que, “A origem dos Direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a. C, onde já eram previstos alguns mecanismos para a proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a C) talvez seja a primeira codificação a consagrar um dos Direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade a honra, a dignidade a família, prevendo igualmente a supremacia das leis em relação aos governantes”.⁸

Prosseguindo, diz que “os mais importantes antecedentes históricos das declarações dos Direitos fundamentais encontram-se primeiramente, na Inglaterra, onde podemos citar a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem Terra em 15 de junho de 1215”.

Tânia da Silva Pereira, em trabalho sobre direitos fundamentais na infância, ratifica o ensinamento de Alexandre de Moraes e assevera que os Direitos fundamentais constituem elemento basilar do constitucionalismo moderno e prossegue afirmando que “um breve apanhado histórico dos

⁶ Alexandre de Moraes, Op. cit., p. 19

⁷ Ibid, mesma página

⁸ Ibid., p. 24

Direitos fundamentais confunde-se com a própria construção do constitucionalismo”.⁹

Segundo a autora muitos autores apontam a inglesa Carta Magna de 1215 como inauguradora do capítulo dos direitos fundamentais na história dos direitos. Subscrita pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões, caracterizou-se pela concessão de privilégio aos referidos estamentos e pelo conseqüente estabelecimento de obrigações reais.

Parte da doutrina indica seu artigo 39, o qual afirma que nenhum homem livre seria detido ou despossuído de seus bens sem juízo prévio, o enraizamento da tendência de se garantirem direitos aos indivíduos. Conduz-se à ilação de que o germe dos direitos fundamentais estaria no direito de ir e vir como pressuposto necessário aos demais. Ou seja, a liberdade, como direito prioritário. Por outro lado, asseveram outros autores que a Carta Magna não seria mais do que uma concessão mútua entre privilegiados, afastando-se diametralmente de qualquer pretensão de universalidade.

Surge assim o dissídio doutrinário, acerca da real paternidade dos direitos fundamentais, tradicionalmente disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

As liberdades constituídas na Inglaterra ao longo do Séc. XVII – *Petition of Rights* de 1628, Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 – foram incorporadas à sistemática jurídica dos Estados Unidos, agora em sede constitucional, na Declaração de Virgínia.

⁹ Tânia da Silva Pereira, **Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988**, p. 76

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a nota distintiva desta declaração encontra-se em sua supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade.¹⁰

A Declaração francesa de 1789 eleva ao grau máximo seu caráter universal, já que baseada restritamente na racionalidade, da qual absolutamente todos os homens seriam dotados.

Os mesmos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram também garantidos na Constituição de 1791 – inspiração girondina – e de 1793 – de inspiração jacobina. Esta última chega a acrescentar direitos como ao trabalho, à proteção contra a pobreza e à educação. Perez Luño assegura que a partir de então as Declarações de direitos passam a ser incorporadas à história do constitucionalismo.¹¹

A Constituição belga de 1831 e as cartas constitucionais da Alemanha e Itália confirmam o processo de relativização do caráter jusnaturalista, e, portanto, universal, e o enquadramento dos direitos nos sistemas positivos dos Estados. De acordo com apontamento de Paulo Bonavides, a universalidade material e concreta passa a substituir a universalidade abstrata, e mesmo metafísica, dos direitos na versão jusnaturalista do séc. XVIII.¹²

¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 45.

¹¹ Antonio Pérez Luño, *Derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución Española*, p. 214

¹² Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

O Séc. XIX foi marcado pela denúncia da insuficiência dos direitos individuais e conseqüente reivindicação dos direitos econômicos e sociais.

As inspirações operárias foram consagradas pela Revolução Russa e celebradas na Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. Não apenas se inaugurava um novo sistema político como também uma nova forma de pensar os direitos fundamentais.

São de capital importância duas constituições do início do séc. XX: a mexicana de 17 e a de Weimar de 19. Estas primaram pelo intento de conjugar em um único sistema, direitos de cunho individual e econômico – social. Mais especialmente a Constituição de Weimar serviu como modelo para as constituições européias do pós-guerra que implantaram o regime do Estado de bem estar social como a francesa de 1946, a italiana de 47 e a própria Lei Fundamental de Bonn de 1949, as duas últimas ainda vigentes.

A mesma tendência foi reforçada nas constituições consagradas após regimes autoritários como a da Grécia (1975), da Espanha (1975) e a de Portugal (1978). Há de se destacar que os estudos comparativos realizados após a promulgação da Constituição brasileira de 1988 indicam a aproximação aos ibéricos.

Nossa Constituição traz, entre os direitos fundamentais, uma composição dos direitos individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, que melhor explanaremos no tópico a seguir.

1.3. Direitos fundamentais na Constituição Brasileira

Como já ensinado por Alexandre de Moraes, os Direitos Humanos Fundamentais visam basicamente, garantir ao homem o respeito a sua dignidade, protegendo-o do arbítrio do poder estatal e estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Vimos também, que nossa Constituição Federal traz nos rol dos direitos fundamentais uma série de direitos, aos quais o constituinte pátrio deu o nome de Direitos e garantias fundamentais, abarcados no título II da Carta Magna Brasileira.

Em seu Título II, a Constituição Federal de 1988 elenca esses Direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: Direitos individuais e coletivos, Direitos sociais, nacionalidade; Direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais.

Poderíamos afirmar, a primeira vista, que em nossa Constituição Federal os Direitos Fundamentais eleitos pelo constituinte estariam restritos ao art. 5º em seus 77 incisos. No entanto, cabe atenta leitura de seu § 2º, inciso LXXVIII. *In verbis*:

Art. 5º, LXXVIII - “Os Direitos e Garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”.

Ademais, se considerarmos outros dispositivos constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais, encontraremos, como já

visto, os direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, direitos coletivos, somando-se àqueles direitos individuais mencionados no artigo 5º da Constituição Federal.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, colhemos que:

“A classificação que decorre do nosso Direito Constitucional é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela. De acordo com este critério, teremos (a) direitos fundamentais do homem indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (liberdade, igualdade, segurança, propriedade); (b) direitos fundamentais do homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do homem-cidadão, que são os direitos políticos (art. 14, direito de eleger e de ser eleito), chamados também direitos democráticos ou direitos de participação política e, ainda, inadequadamente, liberdades políticas (ou liberdades-participação), pois estas constituem apenas aspectos dos direitos políticos; (d) direitos fundamentais do homem-social, que constituem direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º: saúde, educação, seguridade social etc.);(e) direitos

fundamentais do homem membro de uma coletividade, que a Constituição adotou como direitos coletivos (art. 5º).¹³

Daí temos, na classificação de José Afonso da Silva, as cinco espécies definidas pelo legislador constituinte, valendo lembrar que José Afonso da Silva acrescenta a esse elenco uma sexta espécie, ensinando que:

“uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade)”.¹⁴

Outrossim, pode-se afirmar que o constituinte não teve a intenção de restringir os Direitos fundamentais àqueles enumerados no artigo em tela.

Considerando o disposto no parágrafo 3º, inciso LXXVIII, do artigo 5º, já mencionado, que entendemos como uma cláusula aberta, este parágrafo encerra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, de forma a confirmar o não congelamento destes direitos naqueles determinados no processo constituinte.

E ainda, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais “podem ter acento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais e internacionais”.¹⁵

¹³ José Afonso da Silva da, Op. Cit7. , p.182/183

¹⁴ Ibid., p.183.

¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, Op.cit.p. 85

Adicione-se ainda que ao referir-se aos direitos e garantias expressos em nossa Constituição, o legislador teve como preocupação não fazer qualquer menção à posição a ser ocupada pelos mesmos no Texto.

Destarte, pode-se concluir que são considerados direitos e garantias fundamentais de mesma hierarquia aqueles que ocupam diversas posições na Constituição Federal de 1988.

Vemos assim, que ao falarmos em direitos e garantias fundamentais, não temos como classificá-los hierarquicamente. Como já vimos, o título II da nossa Constituição Federal, ao tratar do tema, em seus 4 capítulos e 13 artigos, embora cite quatro modalidades de direitos e garantias fundamentais, não define a quaisquer delas supremacia sobre a outra.

2. O DIREITO À LIBERDADE

2.1. Liberdade e filosofia

Ensina Eduardo Carlos Bianca Bittar que: *A liberdade pode ser definida de muitas formas. Alguns definem arbitrariedade sob o manto conceitual de exercício de sua liberdade. Outros, consideram-na um valor para a própria construção do pacto social. Por isso, existem diversas concepções de liberdade, o que por si só já traduz o altíssimo interesse que o termo possui para as investigações filosóficas para as perspectivas da vida humana*".¹⁶

Considerando as palavras autor, aliadas aos ensinamentos de José Afonso da Silva, no sentido de que os filósofos definiam liberdade de várias formas, correlacionando liberdade e necessidade, pois enquanto "*uns negavam a existência da liberdade humana, afirmando uma necessidade, um determinismo absoluto; outros ao contrário, afirmavam o livre arbítrio, liberdade absoluta, negando a necessidade. Ora, de um lado, a liberdade era simples desvio do determinismo necessário; de outro desvio daquela*"¹⁷ não iremos nos aprofundar no estudo filosófico do tema. Apenas a título ilustrativo, transcrevemos alguns de seus conceitos, explicitados em diferentes épocas.

Para José Afonso da Silva, o livre arbítrio é a liberdade interna ou subjetiva, definida como "*simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente liberdade do querer.*

¹⁶ Eduardo Carlos Bianca Bittar/Guilherme Assis de Almeida, **Curso de filosofia do direito**, p. 447

¹⁷ José Afonso da Silva, Op. cit., p. 230.

*Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção entre fins contrários”.*¹⁸

Para Hannah Arendt a liberdade não equivale ao livre arbítrio, está identificada na esfera de ação equivalente a soberania, homens e mulheres tornam-se livres, ao exercitarem a ação e decidirem, em conjunto, seu futuro comum.

“Os homens são livres – diferentemente de possuírem o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são a mesma coisa”.¹⁹

Diferentemente temos o pensamento de Giovanni Pico della Mirandola, que em seu *Discurso de la dignitá humana*, afirma que a dignidade do ser humano se baseia em sua liberdade, no livre arbítrio, assim o filósofo definiu o homem:

“Ó suma liberdade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! Ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer”.²⁰

Dos ensinamentos de Rousseau extraímos que a liberdade do cidadão dá-se em razão do contrato social e que tem relação proporcional e direta à grandeza do Estado: quanto maior, menor a liberdade dos cidadãos que a compõem: quanto menor, maior a liberdade dos cidadãos que a compõem.

¹⁸ José Afonso da Silva, Op. cit., p. 231.

¹⁹ Hannah Arendt, **Entre o passado e o futuro**, p. 199

²⁰ Giovanni Pico della Mirandola, **Discurso sobre a dignidade do homem**, p. 53

“O homem nasceu livre, e não obstante, está acorrentado em toda a parte. Julga-se senhor dos demais seres sem deixar de ser tão escravo como eles. Como se tem realizado esta mutação? Ignoro-o. Que pode legitimá-la? Creio poder responder esta questão”.²¹

*“O que o homem perde pelo contrato social, é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para compreender bem estas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, que não tem outros limites a não ser as forças individuais, da liberdade civil, limitada esta pela vontade geral, e a posse, consequência unicamente da força ou direito do primeiro ocupante, da propriedade que só pode fundamentar-se num título positivo”.*²²

2.2. Definição jurídico-positiva de liberdade

Segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida, liberdade pode ser definida de muitas formas por essa razão “existem diversas concepções de liberdades, o que por si só já traduz o altíssimo interesse que o termo possui para as investigações filosóficas e para as perspectivas da vida humana”.²³

Montesquieu já dizia em seu espírito das leis que liberdade é “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”, ainda segundo o filósofo, “a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder

²¹ Jean-Jacques Rousseau. **O contrato social**. Tradução Antônio de P. Machado.

²² Ibid.

²³ Eduardo Carlos Bianca Bittar/Guilherme Assis de Almeida, **Curso de filosofia do direito**, p. 446

fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer”.²⁴

Para José Afonso da Silva, o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade, citando definição de Rivero, na mesma obra, diz que *“a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo, se comportamento pessoal”*. Indo um pouco além, prossegue o jurista, propondo o seguinte conceito: *“liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”*.²⁵

2.3. Direito à liberdade na Constituição Federal

O direito à liberdade aparece inscrito em nossa Constituição Federal como de um dos direitos individuais e coletivos, inserido no rol de outros em nossa Carta Maior no *“caput”* do artigo 5º.

Historicamente o processo de positivação em nível constitucional dos direitos humanos, refletiam-se nos textos constitucionais os direitos inspirados pelo direito natural - as liberdades individuais - direitos que exigem um não-agir por parte do Estado, tais liberdade, igualdade formal, segurança, propriedade, resistência à opressão. (Direitos de primeira geração). Depois, veio a fase do reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, conseqüentes da nova realidade produzida pela Revolução Industrial, e que demandam prestações positivas do Estado para que possam ser gozados, daí

²⁴ Cf. De l'esprit des lois, XI, 3.

²⁵ José Afonso da Silva, Op. cit., p.232.

serem conhecidos como direitos "concretos". A evolução social e tecnológica deu margem a outras exigências, que, por sua vez, demandaram a consagração de outros direitos e a reformulação de antigos, para atender a direitos e interesses coletivos e individuais, direitos de reprodução e de manipulação genética, entre outros.

Surgiu a primeira geração de direitos fundamentais, formada pelos direitos de liberdade, isto é, os direitos civis e políticos, que em Norberto Bobbio *"têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado"*.²⁶ Esses direitos valorizam, em primeiro lugar, o "homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, na linguagem jurídica mais usual".

Assim, temos no direito à liberdade um dos direitos de primeira geração, definidos na Constituição Francesa de 1789.

A finalidade da Declaração Francesa não poderia deixar de ser a de proteger o homem diante dos atos estatais, e os direitos reconhecidos - de matiz natural - são inalienáveis, imprescritíveis, individuais e universais, ou seja, deles não se pode abrir mão, não se exaurem com o passar do tempo, e pertencem a cada ser humano e a todos os homens, indistintamente.

²⁶ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p.43.

Segundo ensina Norberto Bobbio, os franceses, deste modo pretenderam "*afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos*".²⁷

Nossa Constituição Federal traz garantida a inviolabilidade da liberdade em diversos de seus artigos, classificando a liberdade entre os direitos individuais, destacando-se o preceituado pelo artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

Não só o *caput* do artigo 5º protege e dá garantias à liberdade dos brasileiros e estrangeiros residentes em nosso país, como o princípio encontra guarida em diversos incisos do já mencionado artigo, assim como em outros artigos da Carta Magna, mencionando-se aí os diversos tipos de liberdade, tais como liberdade de consciência e de crença (inciso VI), liberdade de associação para fins lícitos (inciso XVII), liberdade de locomoção (inciso LXVIII), liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (artigo 206, II), liberdade de informação jornalística (artigo 220, § 1º), liberdade e à convivência familiar e comunitária (prevista a criança e ao adolescente no artigo 227), entre outras.

2.4. Liberdade da criança e do adolescente

²⁷ Norberto Bobbio, Op.cit.,p. 69.

Como visto, a Constituição Federal garante a todos o direito à liberdade, previsto em diversos dispositivos da Lei Maior. No tocante a criança e ao adolescente o constituinte estabeleceu, no artigo 227, o dever da família, da sociedade e do Estado, em assegurar-lhes, com absoluta prioridade, entre outros direitos, o da liberdade, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifos nossos)

Na legislação infraconstitucional a garantia à liberdade da criança e do adolescente, encontra guarida na Lei 8069, de 13 de julho de 1990, que nos seus 267 artigos dispõe sobre a proteção integral a criança e ao adolescente e em seu artigo 3º, dispõe, *in verbis*.

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (grifo nosso).

Cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 e que, conforme dispõe Jean Morange, a Convenção relativa aos direitos da criança “*parte de uma lógica específica e adaptada do respeito pela liberdade das crianças ‘a*

*criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção especial e de cuidados especiais, particularmente de uma proteção jurídica apropriada, tanto antes como depois do nascimento”.*²⁸

Ainda segundo o autor, os direitos garantidos na convenção, “*são bastante numerosos e, muitos deles clássicos: direito ao nome, à identidade, à nacionalidade, à manutenção do vínculo familiar... Alguns são mais novos à medida que eles estão próximos daqueles reconhecidos aos adultos: direito à liberdade, direito de associação, de reunião, de expressão*”.²⁹

Destaque-se que, embora considerados os diversos tipos de liberdades previstas na Constituição Federal. O Estatuto da Criança e do Adolescente destaca esta garantia às crianças e adolescentes, consoante expressam seus artigos 15 e 16. *In verbis*:

Art. 15 - A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16 - O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

²⁸ Jean Morange, **Direitos humanos e liberdades publicas**, p. 489

²⁹ Ibid.

- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Observe-se que os citados dispositivos definem criança e adolescente como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais e estabelece princípios cujo comando emana diretamente da Constituição Federal, trazendo um rol meramente exemplificativo, das formas de liberdade garantidas constitucionalmente às crianças e aos adolescentes.

Destacando-se o direito à liberdade de crianças e adolescentes, o Estatuto prevê ainda, condições para que estes venham a ser privados da liberdade, preceituando o artigo 106 que somente em caso de flagrante de ato infracional ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, poderá o adolescente ser privado de sua liberdade.

Cabe salientar que em caso de criança, pessoa entre 0 e 12 anos incompletos, a legislação especial exclui a possibilidade de privação de liberdade, falando no artigo 101, VII, § único em abrigo, destacando que tal não implica em privação de liberdade.

2.5. Limitação da liberdade

A liberdade da pessoa é garantida constitucionalmente sendo um dos direitos fundamentais à pessoa humana, mas há que se levar em consideração que a liberdade total é inaplicável e prejudicial ao harmônico

convívio social. Daí que a este direito se impõem alguns deveres que buscam garantir a ordem da sociedade.

Em simples palavras podemos dizer que a liberdade é garantida, desde que respeitadas algumas regras e caso essas regras sejam violadas, aquele que a violou poderá sofrer limitações impostas pela sociedade.

Em Eduardo Carlos Bianca Bittar aprendemos que *“Os limites da liberdade do ser humano são necessários, pois ele é capaz de tudo, do ato mais sublime ao mais bestial. A grande contribuição trazida pelo conceito de Estado de Direito é que essas limitações só poderão ser realizadas pela lei. Assim, o ser humano não está sujeito ao poder desmesurado de outro ser, mas, ao menos teoricamente, à justa e adequada orientação da lei”*.³⁰

O exercício da liberdade impõe ao cidadão a obediência das normas colocadas em sociedade, são essas as normas que visam “controlar” a liberdade, ou seja, a liberdade não é total, devendo ser respeitados os limites impostos pela lei.

Devemos salientar que não obstante o direito à liberdade em seu sentido mais amplo ser uma das garantias constitucionais inerentes a pessoa humana, da mesma forma a legislação constitucional e infraconstitucional prevêm mecanismos legais de limitação a esse direito, de modo evitar a desordem social. É o chamado contrato social, como definido por Rousseau, de onde extraímos que a liberdade do cidadão dá-se em razão do contrato social e que tem relação proporcional e direta à grandeza do Estado: quanto maior, menor a liberdade dos cidadãos que a compõem: quanto menor, maior a liberdade dos cidadãos que a compõem.

³⁰ Eduardo Carlos Bianca Bittar/Guilherme Assis de Almeida, Op. cit.p. 452

*“O homem nasceu livre, e não obstante, está acorrentado em toda a parte. Julga-se senhor dos demais seres sem deixar de ser tão escravo como eles. Como se tem realizado esta mutação? Ignoro-o. Que pode legitimá-la? Creio poder responder esta questão. (...) O que o homem perde pelo contrato social, é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para compreender bem estas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, que não tem outros limites a não ser as forças individuais, da liberdade civil, limitada esta pela vontade geral, e a posse, consequência unicamente da força ou direito do primeiro ocupante, da propriedade que só pode fundamentar-se num título positivo”.*³¹

Para José Afonso da Silva, *“autoridade e liberdade são situações que se complementam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária a expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir”*.³²

2.5.1. – Limites da liberdade da criança e do adolescente

Sendo crianças e adolescentes sujeitos dos direitos garantidos na Constituição Federal e nas exatas palavras dos artigos 15 e 16 da lei especial, já mencionados acima, temos que a estes estão assegurados os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade.

³¹ Ibid.

³² José Afonso da Silva, Op.Cit. p. 231

Ora, sendo sujeitos de direito, logo se tornam cidadãos, garantindo-lhes assim o exercício da cidadania e no que pese a seus deveres e obrigações, subordinando-se às limitações impostas pelo Poder Público para o exercício de seus direitos.

Assim, embora garantindo à criança e ao adolescente o direito a liberdade, da mesma forma que para qualquer cidadão, esta liberdade jamais será absoluta, principalmente visando garantir-lhe a proteção integral, prescrita na Constituição Federal e prescrita no Estatuto da criança.

Conforme visto no subitem anterior, clara fica a limitação de liberdade ao adolescente cabe adequar-se à *justa e adequada orientação da lei*.

Observamos, já nos preceitos do Código Civil, quando tratamos da capacidade das pessoas que crianças e adolescentes têm suas liberdades relativamente limitadas. Na vida familiar, compete aos pais e responsáveis, sempre de acordo com a lei, impor e aplicar essas limitações. Na vida escolar, aos professores e demais funcionários dos estabelecimentos de ensino. Na vida social.

Quando praticam atos infracionais, embora inimputáveis, consoante dispositivos constitucionais e de direito penal, ficam sujeitos, nos termos da lei, se crianças às medidas de proteção previstas no 101 do Estatuto e se adolescentes, tanto a essas quanto às medidas sócio-educativas, previstas no artigo 112 do mesmo diploma.

Assim, caso o adolescente ultrapasse esses limites, especificamente em casos de atos infracionais, a lei prevê inclusive sua apreensão em flagrante, garantida a devida apuração dos fatos mediante processo na Vara competente, ou seja, a da Infância e Juventude. E se comprovada a autoria do ato infracional por parte do adolescente, poderá sofrer uma das medidas sócio-educativas restritiva de liberdade, previstas nos artigos 120 e 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o momento, inserimos o tema, de modo a demonstrar que o que prevalece no tocante à limitação da liberdade da criança e adolescente fundamenta-se nos princípios da legalidade e do devido processo legal consagrados constitucionalmente nos incisos II e LIV do artigo 5º da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 5º (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei...

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

3. CRIANÇA E ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. Definição de criança e de adolescente

Conforme dispõe o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 2º . Considera-se criança para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e dezoito anos de idade.

Sem olvidar do parágrafo único do citado artigo, que disciplina sobre o jovem adulto, que explicaremos oportunamente, é importante termos que criança é aquela pessoa de 0 a 12 anos e adolescente, aquela entre os 12 e os 18 anos de idade.

As definições de criança e de adolescente, segundo Alcântara e Del Campo³³ baseiam-se na psicologia evolutiva, sendo que o artigo 2º do Estatuto da criança e do adolescente, adotando-se o critério cronológico absoluto, que estabelece a distinção técnica entre criança e adolescente, evitando o termo do uso menor.

Segundo os autores, “a distinção é relevante, principalmente no que se refere à prática de ato infracional, porque, ao *adolescente infrator* podem ser aplicadas as medidas *protetivas* e *sócio-educativas*, ao passo à criança somente podem ser aplicadas medidas *protetivas*”. (grifos nosso)

³³ Eduardo Roberto Alcântara/Thales Cezar de Oliveira Del Campo, **Estatuto da criança e do adolescente**, p 6

Cabe aqui esclarecer que as medidas protetivas, destinadas tanto à criança e ao adolescente infrator estão previstas nos artigos 98 e 101 do Estatuto da criança e do adolescente. *In verbis*:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

(...)

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta. Parágrafo único - O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

3.1.1 Criança e adolescente e o Código Civil

Diferentemente do Código Civil de 1916, a atual legislação civilista lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, já em seu primeiro

artigo define sobre a capacidade da pessoa, preceituando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Desta forma, a legislação infraconstitucional estabelece a igualdade civil entre todas as pessoas. Mas cabe saber se crianças e adolescentes são pessoas que contam com esta capacidade de direito e deveres na ordem civil?

Para respondermos a questão apresentada, vejamos os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro e de Silvio Rodrigues.

Para o primeiro, a noção de capacidade se entrosa com a da personalidade e a de pessoa, de modo que ensina:

*“Com efeito, os diversos elementos da primeira constituem a segunda, que se concretiza ou se realiza na terceira. Capacidade é a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa da pessoa. Assim, a capacidade elemento da personalidade. Esta, projetando-se no campo do direito, é expressa pela idéia de pessoa, ente capaz de direitos e obrigações. Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes”.*³⁴

³⁴ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil, parte geral, 24 ed, São Paulo –Saraiva, 1985*, p 12,13

Nos ensinamentos de Silvio Rodrigues, temos que “já foi dito que todo o ser humano, desde o nascimento até a morte, tem capacidade para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil. Mas isso não significa que todos possam exercer seus direitos. A lei, tendo em vista a **idade**, a saúde, ou o desenvolvimento intelectual de determinadas pessoas, e com o intuito de **protegê-las**, não lhes permite o exercício pessoal de direitos. Assim, embora lhes conferindo a prerrogativa de serem titulares de direito, nega-lhes a possibilidade de pessoalmente os exercerem. Classifica tais pessoas como incapazes. Portanto, incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensável para que ela exerça seus direitos”.³⁵

Se considerarmos a definição trazida pelo legislador no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde é considerada criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, somando-se os ensinamentos dos autores e leitura atenta dos artigos do Novo Código Civil, a seguir transcritos:

Código Civil 2002

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos...

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos...

³⁵ Silvio Rodrigues Direito civil, parte geral

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

(...)

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

(...)

Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Podemos concluir que para efeitos civis, a criança e o adolescente são tanto sujeitos de direitos, quanto de deveres e obrigações, entretanto no que concerne à sua capacidade de exercê-los e cumpri-los, como já explanado no tema sobre as limitações de direitos, devem ser respeitados os princípios da legalidade e do devido processo legal, entre outros.

Deste modo, na ordem civil, desde que legalmente representados, crianças e a adolescentes são capazes de direitos e deveres, consoante disciplinam os artigos 1º e 1690 do Código Civil. *In verbis*:

Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

(...)

Art. 1690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

3.2. Breve esboço histórico sobre o direito da criança e do adolescente no Direito Brasileiro.

Ensina Garrido de Paula, que criança e adolescente participam e sempre participaram de relações interpessoais:

*“Contudo, somente recentemente suas principais vinculações com o mundo adulto foram agregadas ao universo do Direito. Seus interesses confundiam-se com os interesses dos adultos, como se fossem elementos de uma simbiose onde os benefícios da união estariam contemplados pela proteção jurídica destinada aos últimos. Figuravam, em regra, como meros objetos da intervenção do mundo adulto, sendo exemplificativa a utilização da velha expressão pátrio poder, indicativa de uma gênese onde o Direito tinha como preocupação disciplinar exclusivamente as prerrogativas dos pais em relação aos filhos, suas crias”.*³⁶

Ainda segundo o autor, o direito da criança e do adolescente:

*“tem por objeto a disciplina das relações jurídicas, formas qualificadas de relações interpessoais reguladas pelo Direito, entre crianças e adolescente, de um lado, e do outro lado, família sociedade e Estado”.*³⁷

No direito brasileiro, a Constituição Federal traz o rol dos direitos fundamentais, consoante já explanamos no capítulo 1, item 3 deste trabalho.

³⁶ Paulo Afonso Garrido de Paula, **Direito da criança e do adolescente e titula jurisdicional diferenciada**, p. 11.

³⁷ Ibid., mesma página

No que tange aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, embora não constem especificamente do rol do artigo 5º da Constituição Federal, apresentam-se, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, com a mesma hierarquia constitucional. Sustenta a autora que os direitos fundamentais da criança e adolescente devem ser tidos como direitos fundamentais de duas formas.

*“Primeiramente, o artigo 227, caput, e outros ao mesmo alinhados, enumeram com clareza quais os direitos fundamentais que devem ser assegurados a estes sujeitos de direito com absoluta prioridade. Em segundo lugar, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, em outras palavras, esta pode ser considerada parte dos ‘Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte’. Sabe-se que as vigas-mestras da Convenção foram transpostas para o plano interno por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, pretendemos afirmar que os direitos fundamentais garantidos na Convenção, ao terem sido recebidos pelo § 2º do artigo 5º, galgaram ao status de direito fundamental em nosso sistema constitucional”.*³⁸

Desta forma, entendemos que de fato, consoante disposição constitucional, mesma que não constem em nossa Constituição Federal, outros direitos fundamentais garantidos a criança e ao adolescente que figurarem em Convenções e Tratados Internacionais reconhecidos no país, aqui serão válidos.

³⁸ Tânia da Silva Pereira, Op.cit. P. 142

Embora possamos constatar na história constitucional brasileira a presença constante dos direitos e garantias individuais do cidadão, somente com o advento da Constituição de 1988 foram introduzidos os direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente.

Os quais salientamos, não se restringem ao artigo 227 CF, visto que podemos citar entre outros, os seguintes:

- Proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, conforme redação dada ao art. 7º, inc. XXXIII pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

- A equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação, consoante o art. 226, § 6º;

- A inimputabilidade dos menores de 18, sujeitos à legislação especial, conforme o artigo 228.

- Assistência e educação por parte dos pais, de acordo com o art. 229.

O fato de encontrarem-se dispersos no texto constitucional – art. 227 e os demais citados – não lhes retira o *status* de direitos fundamentais, devendo ser tratados da mesma forma de que todos os demais.

Outros direitos individuais da criança e do adolescente, como já mencionamos, são aqueles decorrentes de tratados, consoante disciplina o art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

Destaque-se a importância da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Nascida de um árduo trabalho de dez anos por parte de representantes de quarenta e três países membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional, representou a comemoração dos 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança. Segundo Michel Bonnet³⁹, na fase de elaboração da Convenção, a principal questão debatida “era definir direitos universais para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, sócio-econômicas e culturais da infância nas diversas nações”.

Fruto de compromisso e negociação, tal Convenção representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar a sua ordem interna. A Convenção exige, por parte de cada Estado que a subscreva e ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições (e obrigações).

A proteção especial a criança e ao adolescente já aparece na Declaração de Genebra de 1924, em que foi declarada a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”.

³⁹ “*Convention on the Rights of the Child*”, In “*Second Asian Regional Conference on child abuse and neglect*”, pág. 71.

A Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada no seio das Nações Unidas em 1948 reconheceu que a “infância tem direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social” (art. XXV, 2).

Coube à já mencionada Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinar no seu segundo princípio que “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

Tomando como modelo a Convenção Européia de Direitos Humanos destaque-se, em nosso continente, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica de 1969), que estabelece no seu art. 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”. O Brasil veio a ratificar esta Convenção mais de vinte anos depois, através do Decreto nº 678 de novembro de 1992.

Cabe aqui fazer especial referência às Regras de Beijing (Resolução nº 40.33 da Assembléia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985), que estabeleceram normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude. Da mesma forma, as Diretrizes de Riad para a “prevenção da delinqüência juvenil” e as Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade foram aprovadas pela Assembléia Geral da ONU de 1990, as quais somaram-se aos demais

documentos internacionais de proteção à infância deste século. Estes dois documentos, embora ainda não ratificados pelo Brasil, tiveram seus princípios incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Temos assim, que além dos Direitos e garantias fundamentais previstos na legislação pátria, em especial dos preceituados na Carta Maior, temos ainda os direitos celebrados em acordos internacionais, que garantem a criança e ao adolescente os direitos duplamente fundamentados no sistema constitucional oriundo de 1988.

No que tange ao adolescente infrator, objeto do nosso trabalho, ressalte-se o caráter penal das legislações brasileira, especificamente no que tange a definição da menoridade/maioridade penal. Donde explanamos o tema através do esboço a seguir:

Até a criação da primeira legislação penal brasileira, vigoravam no Brasil, o mesmo ordenamento jurídico que regiam os portugueses, tais como as Ordenações do Reino que previam a maioridade a partir dos 21 anos completos, entre 17 e 20 anos a condenação depende do arbítrio do julgador;

Com o Código Criminal do Império (16/12/1830) – não se julgavam criminosos os menores de 14 anos, os quais, em acaso de discernimento, poderiam ser recolhidos às casas de detenção por tempo que o juiz julgasse conveniente. Em caso e autor entre 14 e 17 anos, sob critério do juiz, a pena poderia ser atenuada.

Citando a Lei 2040, de 28.09.1871 (lei do ventre livre), mencionado que os filhos nascidos de mãe escrava, deveriam ser assistidos e educados pelos senhores da mãe até os 8 anos completos e após idade os senhores faziam jus a uma indenização do Estado, podendo optar em

continuar com ele até os 21 anos, o qual passaria a prestar-lhe serviços, como forma de compensação pelas despesas de sua sustentação;

Código Penal da Republica (Dec. 841, de 11.10.1890), considerou-se que não eram criminosos os menores de 9 anos e os maiores entre 9 e 14 anos que obrassem com discernimento seriam recolhidos a estabelecimento disciplinares;

Lei Federal 4242, de 04.01.1921 – Ao fixar a despesa geral da República, acabou por determinar a organização dos serviços de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente. No aspecto que ora interessa, observa-se que o menor de 14 anos, apontado como autor ou cúmplice de crime ou contravenção não seria submetido a processo penal de nenhuma espécie, mas poderia, após investigação, ser colocado em asilo, casa de educação, escola de preservação ou confiado a pessoa idônea. Entre 14 e 18 anos de idade, seria submetido a processo especial.

"O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção será submetido a processo especial".

Sem grandes alterações, os dispositivos da lei orçamentária no que dizia respeito a assistência e proteção aos menores abandonados e delinqüentes foram regulamentados pelo Dec. 12.272, de 20.12.1923.

Em 1º de dezembro de 1926, Washington Luiz sancionou o Dec. 5.083, que determinava a necessidade de consolidar as leis de assistência e proteção aos menores. Em 12.10.1927, manda publica através do Dec.

17.943-A o Código de Menores, que não considerando criminosos os menores de 14 anos, manteve as medidas destinadas aos infratores previstas na Lei Federal 4242, de 01.01.1921. Trouxe algumas inovações, como por exemplo, a liberdade vigiada aos menores absolvidos da prática de crimes ou contravenções e a possibilidade de encarceramento de menores que tivessem cometido crimes graves entre 16 e 18 anos de idade em estabelecimentos destinados a adultos, até que se verificasse sua regeneração.

Durante a vigência do Código de Menores de 1927 sobreveio a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Dec. 22.213, de 14.12.1923, mantendo os dispositivos relativos aos menores.

Sobre esse período, ensina Nelson Hungria que:

"inspirado principalmente por um critério de política criminal, colocou os menores de 18 anos inteira e irrestritamente à margem do direito penal, deixando-os apenas sujeitos às medidas de pedagogia corretiva do Código de Menores. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores, declarando-os por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é o entendimento ético-jurídico e a faculdade de autogoverno". E continua: "ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício".⁴⁰

⁴⁰ Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, t. II.

Em 1969 o natimorto Código Penal, em seu artigo 33, tentou ressuscitar o critério do discernimento ao estabelecer o retorno do critério bio-psicológico, possibilitando a aplicação de pena ao maior de 16 e menor de 18 anos, com a pena reduzida de 1/3 a metade, desde que o mesmo entendesse o caráter ilícito do ato ou tivesse possibilidade de se portar de acordo com este entendimento. A presunção da inimputabilidade era relativa, portanto.

Muito criticada foi a tentativa da redução da imputabilidade para 16 anos, conforme lembra José Henrique Pierangeli,⁴¹ pois fazia depender de exame criminológico para a verificação da sua capacidade de entendimento e de autodeterminação.

Entretanto, como sabido, este código, teve o início da vigência protelado por várias vezes e acabou por não ter tido a oportunidade de entrar em vigor. Com isso, a maioria penal permaneceu nos moldes do estabelecido pelo de 1940, ou seja, 18 anos de idade, sujeitando os menores à legislação especial.

Não podemos deixar de mencionar, ainda, que o nosso Código Penal Militar adotou a teoria do discernimento ao fixar o limite penal em 18 anos salvo se, já tendo o menor 16 anos, revelar discernimento. *In verbis*:

Código Penal Militar Art. 50. “O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade”.

⁴¹ José Henrique Pierangeli. *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*, p. 133

Fez-se surgir, assim, uma anomalia do processo contra o menor de 18 anos, já que se envia em primeiro lugar para a Justiça Militar, para que esta se declare ou não incompetente para remetê-lo ao juízo de menores, se entender haver o menor agido com discernimento. É tanto mais anômala essa situação quanto é certo que, pelo Código Penal comum, é absoluta a inimputabilidade do menor de 18 anos.

Constituição de 1988, tendo como marco o *caput* do artigo 227, que reconheceu a existência de relações subordinantes entre crianças e adolescentes, de um lado, e família, sociedade e Estado. *In verbis*:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Seguindo o preceito constitucional, o Estatuto da Criança e do adolescente define que são crianças, as pessoas entre 0 e 12 anos incompletos, as quais sofrerão em caso de condutas descritas como crimes ou contravenções as medidas protetivas e aos adolescentes, pessoas entre 12 e 18, as chamadas medidas sócio-educativas, inclusive de internação.

Em alguns casos, a internação poderá se estender até os 21 anos de idade.

Contudo, como a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 228, que a menoridade penal termina aos 18 anos, o citado dispositivo do

Código Penal Militar não mais vigora, por ausência de recepção com a nova ordem constitucional.

3.3. Direitos fundamentais da criança e do adolescente

Conforme dispõe o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, à criança ao adolescente são assegurados todos os direitos humanos fundamentais inerentes a pessoa humana. Estes direitos, como vimos no item 1.3., não são apenas aqueles previstos na Constituição Federal no capítulo II, mas também, “outros anteriormente decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal ou dos Tratados internacionais em que o Brasil é parte”.

Ainda no que tange a criança e o adolescente, a Carta Maior traz definidos no artigo 227 alguns direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Mas sempre é importante frisar, repetindo os ensinamentos de Tânia da Silva Pereira, já mencionados no capítulo 3, item 2 deste trabalho, que “*os direitos fundamentais da criança e do adolescente não se restringem aos contidos no artigo 227 da CF*”⁴².

3.4. Estatuto da criança e do adolescente e ato infracional

⁴² Tânia da Silva Pereira, *Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988*, p. 76

3.4.1. Fundamento constitucional

Com a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, o legislador, no capítulo VII, dispôs sobre a proteção pelo Estado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. No tema em estudo, o adolescente infrator, interessa-nos os artigos 227 e 228 do Diploma Legal.

No artigo 227 da Carta Maior, dividido em sete incisos, encontramos os dispositivos sobre a tutela da criança e do adolescente. Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, extraímos da leitura do citado artigo que a Constituição Federal não reservou à família apenas proteção estatal e Direitos, definiu-lhe deveres também. Nas palavras do mestre: “*Essa família, que recebe a proteção estatal, não tem só Direitos. Tem o **grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar com absoluta prioridade, o Direito da criança e do adolescente enumerados no art. 227***”. (grifos nossos).⁴³

Ao mesmo tempo, a legislação constitucional, garante à criança e ao adolescente a imputabilidade penal, consoante disposto no artigo 228, que dispõe, *in verbis*:

Art. 228. *São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos*, sujeitos às normas da legislação especial. (grifo nosso).

Tal preceito é também previsto no artigo 27 do Código Penal, que dispõe que “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

⁴³ José Afonso da Silva da, Op.Cit. p. 829

Da leitura dos dois artigos constitucionais supracitados e do artigo correspondente, extraído do Código Penal temos, à partir do artigo 227 que, à criança e ao adolescente são garantidos Direitos, e que tais Direitos, são deveres da família, da sociedade e do Estado. Quanto ao que se refere o artigo 228 da Lei Maior e do artigo 27 do diploma penal, poderíamos interpretar que no que tange aos deveres e obrigações das crianças e dos adolescentes, estão sujeitos a uma legislação especial.

Esta legislação infraconstitucional é a lei 8069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente ou ECA.

Portanto, para o menor de 18 anos, a presunção de inimputabilidade é absoluta.

Mesmo em se tratando de um menor comprovadamente inteligente e com plena capacidade intelectual e volitiva, não responderá por crime algum.

Essas são as regras básicas que disciplinam a conduta do menor no campo Penal, partindo do pressuposto constitucional de sua inimputabilidade.

3.4.2. Doutrina da proteção integral

Já em seu primeiro artigo, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a proteção integral a criança e ao adolescente. *In verbis:*

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Tal dispositivo vem atender o recomendado no artigo 3º, 2 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, referente necessidade de proporcionar proteção especial à criança, afirmada na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959.

Da interpretação do artigo em exame, Antonio Fernando do Amaral e Silva e Munir Cury, escrevem que *“o legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações”*.
44

Nas palavras de Paulo Afonso Garrido de Paula, *“proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”*.⁴⁵

Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima,⁴⁶ assevera que para a implementação da chamada Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um conjunto articulado de ações por parte do Estado e da sociedade divididas em quatro grandes linhas:

⁴⁴ Munir Cury/ Antonio Fernando do Amaral, **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, p. 15.

⁴⁵ Paulo Afonso Garrido de Paula, Op.Cit. Pág. 23

⁴⁶ Isabel Maria Sampaio Lima, **Sistemas de garantias de direito da criança e do adolescente no Brasil** – artigo Internet

1 - Políticas Sociais Básicas, que, na perspectiva da universalidade, da continuidade e da gratuidade, implicam na garantia dos Direitos sociais para todos como dever do Estado;

2- Políticas de Assistência Social, previstas para os que se encontram em estado de necessidade temporária ou permanente;

3- Políticas de Proteção Especial, para quem se encontra violado ou ameaçado de violação em sua integridade física, psicológica e moral e

4- Políticas de Garantia de Direitos, para as situações nas quais a criança ou o adolescente se encontra envolvido num conflito de natureza jurídica, sendo necessário, para a sua proteção integral, o acionamento das políticas de Direito e do órgão do Ministério Público, com observância do devido processo legal.

3.4.3 Ato infracional

3.4.3.1.- Da definição de ato infracional pelo Estatuto da criança e do adolescente.

Diz o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente que ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Ou seja, quando uma criança ou adolescente pratica uma ação definida na legislação como crime ou contravenção, cujas definições

melhor trataremos a seguir, teremos aí a prática de um ato infracional. Em outras palavras, somente criança e adolescente praticam atos infracionais.

Cometidos tais atos, estarão as crianças e adolescentes sujeitos ao disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069, de 13 de julho de 1990.

Vale aqui relembrar o mencionado no item 1 do capítulo 3, referente ao fato de que para o ato infracional praticado por criança, corresponderão medidas distintas das previstas para o caso da prática infracional ter sido realizada por adolescente, pois enquanto o adolescente infrator estará sujeito tanto as medidas protetivas, quanto às medidas sócio-educativas, a criança autora de ato infracional apenas estará sujeita às medidas protetivas, consoante disciplinam os artigos 98, 101 e 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *In verbis*:

Art. 98 - As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

(...)

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

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

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

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único - O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

(...)

Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101.

Ressalte-se aqui, que medidas protetivas têm caráter, como o próprio nome diz, protetivo e são direcionadas à criança e adolescente em situação de risco e à criança que comete ato infracional.

Como criança e adolescente em situação de risco, entendeu o legislador infraconstitucional, aquelas cujos direitos reconhecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, estejam ameaçados ou violados, conforme disposto no artigo 98 da citada lei. *In verbis*:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Destaque-se que no caso de criança autora de ato infracional, esta se enquadra na definição do citado artigo, inciso II, e como o próprio dispositivo prevê, diferentemente do adolescente infrator, não está sujeita às medidas sócio-educativas, mas sim às medidas protetivas previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já mencionadas acima.

3.4.3.2. Do Direito Penal, do crime e da contravenção penal.

3.4.3.2.1. - Breve leitura de Direito Penal

Ensina Rosa Maria de Andrade Nery as diferenças sistemáticas entre Direito Público e Direito Privado. Segundo a autora:

“As situações jurídicas privadas pautam-se pela *igualdade* e pela *liberdade*, enquanto as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios diferentes, dos quais os da *autoridade* e da *competência* são os mais marcantes. Em virtude disso, o sujeito de direitos, no âmbito de situações particulares, pode agir livremente no contexto de todas as situações jurídicas que não lhes são proibidas (*atipicidade dos negócios jurídicos privados*). Diferentemente se dá com o sujeito que realiza atos e

negócios que se inserem no contexto de trato das coisas publicas, a quem se permite apenas a realização daquilo cujo exercício esteja previamente autorizado (*principio da legalidade ou da tipicidade dos negócio de Direito Público: a administração publica só pode agir secundum legem*)”.⁴⁷

Tal comentário, inserido apenas para diferenciar Direito Público de Direito Privado, remete-nos a um dos ramos do segundo, que nos interessa para prosseguirmos em nosso estudo. O Direito Penal.

Nos ensinamentos de Miguel Reale, o Direito Penal é um dos ramos do Direito Público, asseverando o autor que as regras jurídicas estão sujeitas a ser violadas e essa possibilidade de infração, quando se reveste de gravidade, atenta a valores necessários a ordem social, provocando uma reação por parte do Poder Público, que prevê sanções penais aos transgressores.⁴⁸

Prosseguindo, ensina Miguel Reale que “*não existe sociedade sem crime. É por esse motivo que a sociedade se organiza, para preservar-se contra o delito e atenuar-lhe os efeitos*”.⁴⁹

3.4.3.2.2. Da definição de crime

A Legislação Pátria traz em seu bojo diversas legislações de caráter penal, no entanto a base infraconstitucional principal é o Código

⁴⁷ Rosa Maria de Andrade Nery, *Noções preliminares de direito civil*, p. 91.

⁴⁸ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, p. 346/347.

⁴⁹ *Ibid*, p.347

Penal, instituído pelo Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, em tal instituto, assim como na legislação penal extravagante, figuram diversas definições de condutas consideradas crimes pelo legislador.

Julio Fabbrini Mirabete ensina que:

*“em conseqüência do caráter dogmático do Direito Penal, o conceito de crime é somente jurídico”*⁵⁰, esclarece, no entanto, que nosso Código Penal *“não contém uma definição de crime, que é deixada à elaboração da doutrina”*.⁵¹

Prosseguindo, e ainda reproduzindo as palavras de Mirabete, sem maior aprofundamento, passemos aos três aspectos para definir-se o ilícito penal, de onde extrairemos alguns conceitos expostos pelo autor:

a) Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição *formal*, de onde temos que;

“Crime é o fato humano contrário à lei” (Carmignani).

“Crime é qualquer ação legalmente punível”⁵²

b) Observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição *material* ou *substancial*, podemos definir crime como sendo:

“A conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”⁵³ “Crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo

⁵⁰ Julio Fabbrini Mirabete, **Manual de Direito Penal**, p. 91.

⁵¹ Ibid., mesma página.

⁵² Giuseppe Miggiore, **Diritto penale**, p. 189

⁵³ E. Magalhães Noronha, **Direito Penal**, p. 105.

social, de modo a exigir, seja proibida, sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através de sanção penal”.⁵⁴ e

c) Examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas *analítico* da infração penal. Donde extraímos o seguinte conceito de crime, como sendo “fato humano descrito no tipo legal e cometido com culpa, ao que é aplicável uma pena”.⁵⁵

Não obstante as definições supra, a definição clássica, já consagrada pelos juristas mais conceituados (Damásio, Mirabete, Celso Delmanto, entre outros) define crime como *fato típico e antijurídico*, sendo o fato típico composto pela *conduta* (ação ou omissão), *resultado* (inerente a maioria dos crimes), *relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado* (relação de causalidade) e também pela *tipicidade* (correlação da conduta com o que foi descrito no **tipo***)⁵⁶

*tipo = descrição feita pela lei da conduta proibida⁵⁷.

3.4.3.2.3 – Da definição de contravenção penal

As contravenções penais estão previstas no Decreto Lei 3688, de 03 de outubro de 1941, sendo conhecida como LCP ou Lei das Contravenções Penais.

As figuras contravencionais citadas na Lei das Contravenções Penais, somadas às condutas antijurídicas do Código Penal e

⁵⁴ Heleno Cláudio Fragoso, **Lições de direito penal, parte geral** p. 149.

⁵⁵ Giulio Battaglini, **Direito Penal**, p. 129.

⁵⁶ Resumo de direito Penal, coleção resumos, Maximilianus e Maximiliano, 2001

⁵⁷ Idem

demais leis de caráter penal ou criminal, definem o conjunto de condutas consideradas infrações penais.

Conforme dispõe a Lei das Contravenções Penais (Decreto Lei n. 3688/41) se esta não dispuser de modo diferente, aplicam-se às contravenções as regras gerais do Código Penal (art. 1º).

Assim como em relação aos crimes, não existe na Lei das Contravenções Penais ou mesmo na legislação penal complementar qualquer conceito de contravenção, valendo, assim como para crime, os conceitos trazidos pelos doutrinadores.

Não há, conforme Julio Fabbrini Mirabete, distinção de natureza entre crime e contravenção, no que diz respeito à gravidade do fato, segundo ensina, há dois sistemas de classificação das infrações penais, o *tricotômico*, ou divisão tripartida, que classifica as infrações penais em *crimes*, *delitos* e *contravenções* e o sistema *dicotômico* ou de divisão *bipartida*, onde *crimes* e *delitos* são sinônimos e as *contravenções* definem o segundo modelo, este adotado em diversos países, assim é o utilizado no Brasil.

Para o autor “*não há na realidade, diferença de natureza entre as infrações penais, pois a distinção reside apenas na espécie da sanção cominada à infração penal (mais ou menos severa). Mesmo no relativo às contravenções inexistente diferença intrínseca, substancial, qualitativa, que as separa dos crimes ou dos delitos, sendo essa infração conhecida como crime-anão*”.⁵⁸

⁵⁸ Julio Fabbrini Mirabete, Ob. Cit. p.122

Segundo Mirabete a única distinção entre crime e contravenção reside na espécie de sanção aplicada (mais ou menos severa), e conforme disciplina o artigo 1º do Decreto-lei 3914, de 9 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal) enquanto ao crime é cominada pena mais severa: reclusão ou detenção e multa (alternativa ou cumulativa), à contravenção comina-se pena de prisão simples, e/ou multa apenas multa.⁵⁹

Assim, temos que, as contravenções penais são infrações penais punidas com menor severidade que os crimes, donde podemos concluir que as contravenções são infrações penais menos graves.

3.5. Do adolescente infrator

3.5.1. Definição de adolescente

Consoante definição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), a pessoa entre doze e dezoito anos de idade é considerada adolescente (Art. 2º).

Estatui ainda o parágrafo único do Estatuto da Criança e do adolescente que: *In verbis*:

Art. 2º, § único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

⁵⁹ Ibid., mesma página

Como exemplo podemos citar casos de aplicação da medida sócio-educativa da internação, consoante artigo 121, parágrafos 3º e 5º da Lei 8069/1990 em que um adolescente com 17 anos, 11 meses e 29 dias ao qual seja definido o cumprimento da medida por três anos.

Nesta situação o seu cumprimento se dará entre os 18 e 21 anos de idade.

Ainda no que tange as pessoas com idade entre 18 e 21 anos, sujeitas à aplicação da lei 8069/1990, podemos citar os casos de relativos às regras gerais do processo e à capacidade civil.⁶⁰

Neste caso, vale um breve comentário sobre as alterações trazidas ao ordenamento civil com a promulgação da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que instituiu o novo Código Civil promovendo modificações na maioridade civil consoante Artigo 5º, *caput*, *In verbis*:

Art. 5º. A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de ***todos os atos da vida civil***. (grifo nosso)

Ou seja, a lei civil dispõe que a responsabilidade civil da pessoa é total a partir dos 18 anos de idade, neste sentido, e no que pese o ensinamento de Nelson Nery, no sentido de que é possível dizer que o artigo 2º, parágrafo único do ECA foi derogado pelo Código Civil/2002, “na matéria típica do Direito Civil tratada no Estatuto, matéria em relação à qual o

⁶⁰ - Ver artigos 121 parágrafo 5º e 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre a medida sócio-educativa de internação (art. 121 § 3º, 5º); trata da capacidade civil e processual do adolescente (art. 142) e competência da Justiça da Infância e da Juventude para conceder emancipação nos termos da lei civil, na falta dos pais (art. 148, § único, letra “e”)

ECA não se aplicará mais às *peessoas entre 18 e 21 anos*. Isto em face da fixação da maioridade civil no patamar de 18 anos, regra à qual o Estatuto deve se ajustar, já que a maioridade civil aos 18 anos é harmônica com o sistema Constituição Federal/ECA e o ponto não diz com o sistema constitucional especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes”.⁶¹

Para Roberto Barbosa Alves, representante do Ministério Público paulista, *“a derrogação, contudo, não é total: continua perfeitamente possível a aplicação de medida sócio-educativa a pessoas que tenham entre 18 e 21 anos de idade, porque a matéria relativa a ato infracional tem privilegiada natureza penal, evidentemente especial em relação ao Código Civil”*.⁶²

3.5.2. – Do adolescente infrator

Das definições de ato infracional e de adolescente, temos que ao adolescente infrator, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente é aquela pessoa com idade entre 12 e 18 anos e em casos expressos em lei, a pessoa entre 18 e 21 anos, que praticou ato descrito como crime ou contravenção penal.

Tanto a Constituição da República, no seu artigo 228, como o Código Penal, no seu artigo 27, dispõem que "os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na

⁶¹ Nelson Nery Jr. e Martha de Toledo Machado, **O Estatuto da Criança e do Adolescente...**, Revista de Direito Privado 12/33

⁶² Roberto Barbosa Alves, *In*, Munir Cury (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral e Silva, Op. Cit., p. 31/32

legislação especial", neste caso os adolescentes infratores sujeitam-se as normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É o "fator biológico", que determina a inimputabilidade, de forma absoluta, significando que o menor de 18 anos é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É o menor de 18 anos, então equiparado, para fins de isenção de pena, ao maior doente mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, na situação descrita no artigo 26, do Código Penal.

Portanto, para o menor de 18 anos, a presunção de inimputabilidade é absoluta.

Mesmo em se tratando de um menor comprovadamente inteligente e com plena capacidade intelectual e volitiva, não responderá por crime algum.

Todavia, esse menor responderá pela prática de fatos definidos como infrações penais, na forma disciplinada pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em suma, essa é a situação do menor, na área Penal, considerando-se, ainda, que "criança" é o ser humano até 12 anos incompletos e "adolescente" aquele entre 12 e 18 anos de idade (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 2º, "caput").

Assim, verificada a prática de infração (condutas consideradas crimes ou contravenção penal) por parte de uma criança ou de um adolescente, consistente numa conduta positiva ou negativa descrita como um "delito", contrária ao Direito ou antijurídica, o juiz competente aplicará a ele medidas que vão da simples advertência à internação em estabelecimento educacional.

Porém, o artigo 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que a liberação será compulsória aos 21 anos de idade.

Assim, o respeito à prioridade absoluta para este grupo populacional de 0 a 18 anos incompletos considerou o fato da criança e do adolescente serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, que não têm condições de conhecer suficientemente seus Direitos nem tampouco dispõem de condições para suprir, por si mesmos, suas necessidades básicas, embora sejam portadores, enquanto seres humanos, de um valor intrínseco e de um valor projetivo na sua dimensão onto-genética.

3.5.3 – Maioridade penal no direito comparado

Segundo quadro publicado pelas Nações Unidas em 1955 sobre 40 países, 22 fixariam em 18 anos essa idade, sendo que, na Europa, tal ocorreria na Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Suíça e Iugoslávia.⁶³

⁶³ Eurico Serra, os Tribunais de Menores e sua jurisdição, p. 18, *apud* Francisco Pereira de Bulhões Carvalho – Direito do Menor.

Assim, temos na obra *Direito do Menor*, de Francisco Pereira de Bulhões Carvalho:

Código Penal Italiano vigente fixando a inimputabilidade absoluta em 14 anos (art. 97). O menor de 18 anos só seria inimputável se provasse ter agido sem discernimento (art. 98). O Código italiano anterior (de 1890) baixava a inimputabilidade absoluta para 09 anos e a relativa a 14 (arts. 53 e 54), como o nosso Código Penal de 1890.

A Ordenança Francesa de 02 de fevereiro de 1945 modificada pela lei de 24 de maio de 1951, relativa à infância delinqüente, estabeleceu jurisdição especial para os menores de 18 anos, mas permitiu que a mesma proferisse condenação criminal contra maiores de 13 anos, quando as circunstâncias e a personalidade do delinqüente parecem exigi-lo.

Portanto, a lei francesa fixa o tempo máximo da inimputabilidade em 13 anos. Pelo antigo Código Penal francês, não era fixado o mínimo de idade, que ficava a critério dos magistrados (Garraud, 1, n. 238).

Importante salientar que pelo direito francês só excepcionalmente são impostas penas aos menores de 18 anos e, quando tal acontece e a execução dessas penas não seja suspensa pela liberdade vigiada, são elas cumpridas em estabelecimentos especiais de "educação vigiada" comum em geral aos menores gravemente indisciplinados ou perigosos (art. 28 da lei de 24 de maio de 1951).

O Japão fixou a idade da inimputabilidade em 14 anos (art. 41 do Código Penal).

A Noruega fixou a inimputabilidade em 14 anos, embora na prática não se punam criminalmente os menores de 16 anos e, antes de 18 anos, se recorram a medidas educativas.

Na Finlândia, a idade limite é de 15 anos.

A Holanda também admite a condenação de maiores de 16 anos.

O Código Penal Suíço, de 21 de dezembro de 1937, que serviu de modelo ao nosso Código de Menores, estabelece imputabilidade restrita de 14 a 18 anos, com aplicação de medidas de segurança (art. 90 e seg.).

A lei belga de 08 de abril de 1965 fixou como idade máxima da inimputabilidade criminal a de 18 anos. Entretanto, se o Tribunal da Juventude entender que as simples medidas de guarda, preservação e educação são inadequadas, pode enviar o maior de 16 anos à jurisdição comum, para resolver sobre um regime especial de repressão penal.

Assim, pode-se afirmar que, pelo atual direito belga, a idade da inimputabilidade absoluta é de 16 anos.

As leis portuguesa e espanhola (Decreto de 11 de junho de 1948, art. 9o.) e argentina (Decreto-lei n. 5.286-57, art. 12) fixam a idade da inimputabilidade em 16 anos.

Hoje, a maioria penal é fixada aos 18 anos. No entanto, ressalta Francisco de Assis Toledo⁶⁴, nada indica que essa idade seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação. É, entretanto, um limite razoável de tolerância recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, tanto que podemos afirmar ser o limite de 18 anos praticamente regra internacional, sendo adotado pela maioria dos países, ou com pequenas variações para mais ou para menos.

⁶⁴ Francisco de Assis Toledo, **Princípios Básicos de Direito Penal**, p. 320.

4. MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

4.1. Definição

Podemos definir medida sócio-educativa, emprestando palavras de Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo como sendo o instrumento que tem por finalidade a educação e a adequação do adolescente infrator às regras da vida social.⁶⁵

As medidas sócio-educativas encontram-se elencadas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente e são aplicáveis apenas aos adolescentes infratores (indivíduos com idade entre 12 e 18 anos que praticam ato definido como crime ou contravenção).⁶⁶

Assim, sempre que houver por parte de um adolescente a prática de um ato infracional, ficara este adolescente sujeito à aplicação medida sócio-educativa correspondente, as quais estão definidas nos incisos I a VI do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esta assertiva soma-se às já explanadas no item 5, do capítulo 2 deste trabalho, onde tratamos das limitações da liberdade do adolescente infrator.

Nesse sentido, Paulo Afonso Garrido de Paulo, ensina:

⁶⁵ Eduardo Roberto Alcântara Del Campo/Thales César de Oliveira, Op. cit., p. 150.

⁶⁶ As crianças (pessoas de 0 a 12 anos incompletos) não se aplicam as medidas sócio-educativas, mas sim as medidas protetivas, conforme disciplinado nos artigos 101 e 105 do Estatuto da criança e do adolescente.

*“Resulta do ato infracional praticado por adolescente a pretensão sócio-educativa, possibilitando ao Estado o direito de fazer atuar as normas previstas na legislação especial, ou seja, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Revelando o ato infracional um desvalor social, consubstanciado em grave ofensa à ordem jurídica, e, ao mesmo tempo, uma resposta infanto-juvenil às adversidades próprias do enfrentamento dos desafios do cotidiano, sendo, por vezes, resultado da irreflexão brotada da imaturidade, impõe o dever de agir do Estado, através do devido processo legal, para fazer incidir a consequência prevista em lei como resposta à realização da conduta descrita como crime ou contravenção”.*⁶⁷

Assevera ainda, que o propósito da medida sócio-educativa é duplo, ou seja, ao mesmo tempo em que serve como mecanismo de defesa social (aí a idéia de limitação de liberdade), presta-se a intervir no desenvolvimento do adolescente infrator, tentando reverter o potencial infracional de sua conduta, assim expõe:

“Convencido de que é imprescindível responsabilizar o adolescente mediante a efetivação de uma consequência legal decorrente da prática de um ato infracional, excluída a adequabilidade da remissão, provoca a atividade jurisdicional, exercita a ação sócio-educativa pública, visando à obtenção da tutela adequada. O traço da instrumentalidade dessa tutela diferenciada consiste na concepção de que a medida sócio-educativa serve como instrumento de defesa social, ao mesmo tempo em que se consubstancia meio de intervenção no

⁶⁷ Paulo Afonso Garrido de Paula, Op.Cit., p. 112

*desenvolvimento do jovem, de sorte a tentar reverter o potencial infracional demonstrado com a realização de conduta descrita como crime ou contravenção penal”.*⁶⁸

4.2. – Tipos de medidas sócio-educativas

Como já mencionado, as medidas sócio-educativas aplicáveis ao adolescente infrator encontram-se elencadas no artigo 112 do Estatuto da criança e do adolescente e seus sete incisos, *in verbis*

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

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no artigo 101, I a VI.

Parágrafo primeiro - A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Parágrafo segundo - Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

Parágrafo terceiro - Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

⁶⁸ Paulo Afonso Garrido de Paula, Op.Cit. , p. 112

Para a aplicação das medidas previstas nos incisos II a VI do artigo acima transcrito, que poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, nos termos do artigo 99 do Estatuto, disciplinou o legislador, no artigo 114 do mesmo diploma, deverá se pressupor existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, enquanto que no caso de advertência, assevera o parágrafo único do artigo em comento que *a advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.*

Assim disciplina o artigo acima mencionado: *in verbis*,

Art. 114 - A imposição das medidas previstas nos incisos II e VI do artigo 112 pressupõe a existência de **provas suficientes da autoria e da materialidade da infração**, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do artigo 127.

Parágrafo único - A advertência poderá ser aplicada sempre que houver **prova da materialidade** e **indícios suficientes da autoria**. (grifos nosso)

Ou seja, visa o disposto no artigo 114 a garantia no sentido de que “a aplicação de qualquer medida sócio-educativa não pode prescindir da *comprovação* da existência (materialidade) de uma ato infracional (conduta descrita como crime ou contravenção) e que tenha o adolescente – a quem se atribui o fato sido seu autor (co-autor ou partícipe). Assim, somente quando o conjunto probatório trazido aos autos estiver a demonstrar de forma inequívoca a prática da infração do adolescente é que, diante de tal certeza, resta permitida a imposição das multicitadas medidas”.⁶⁹

⁶⁹ Olympio Sotto Maior, *in* Munir Cury (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral e Silva, Op. cit., p. 385.

Tais medidas, conforme disciplina o parágrafo do artigo 112 supracitado, levará em conta a capacidade do adolescente infrator de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Temos daí que não se pode inovar, ou tentar criar outras medidas sócio-educativas, uma vez que só poderão ser aplicadas as indicadas no artigo em comenta que poderão ou não ser cumuladas com as medidas protetivas indicadas no art. 101, incisos I à VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, a seguir explanadas:

Artigo 101, inciso I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

*“Trata-se de providência imediata, que se esgota em si, utilizável apenas para casos de mínima gravidade, como por exemplo, o de um menor encontrado perambulando pelas ruas, que é devolvido ao seu lar pelo Conselho Tutelar ou por ordem da autoridade judiciária”;*⁷⁰

Artigo 101, inciso II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

*“Normalmente a medida é levada a efeito por equipe multidisciplinar e adotada em casos onde o apoio familiar é fraco ou inexistente”.*⁷¹

Artigo. 101, inciso III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

⁷⁰ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo/Thales César de Oliveira, Op. cit. p. 136

⁷¹ Ibid., mesma página

*“A medida busca minimizar os efeitos da evasão escolar e serve para aqueles casos em que a família descuida da instrução fundamental do menor. Pode ser aplicada sem prejuízo do crime de abandono intelectual (art. 246 do Código Penal) ou de outra medida atinente aos pais ou responsáveis (art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente)”*⁷²

Artigo 101, inciso IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

*“Medida adequada em que a família do menor, embora possua estrutura emocional, carece re recursos mínimos de subsistência”;*⁷³

Art. 101, inciso V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

*“O Estatuto não previu a aplicação de medida de segurança aos inimputáveis autores de atos infracionais. Podem eles, porém, ser encaminhados a tratamento em regime hospitalar ou ambulatorial, se comprovada a necessidade da medida”;*⁷⁴

Artigo 101, inciso VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

No caso da aplicação desta medida, apesar da boa intenção do legislador constatamos durante nossas pesquisas de campo, que o sistema de saúde público e outros órgãos estatais não se encontram suficientemente aparelhados para atender tal preceito legal, assim, sem nos aprofundarmos na

⁷² Ibid., mesma página

⁷³ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo/Thales Cézár de Oliveira, Op. cit. p. 136

⁷⁴ Ibid., mesma página

questão, que embora importante e séria, no momento não ajudaria no desenvolvimento de nosso trabalho, socorremo-nos do comentário contido na obra de Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo:

*“Embora exista a previsão de tratamento para os dependentes químicos, lamentavelmente o Estado não vem cumprindo sua função. São pouquíssimas as entidades que cuidam de crianças e adolescentes drogados e, mesmo assim, em sua maioria, entidades beneficentes provadas”.*⁷⁵

As medidas sócio-educativas aplicáveis aos adolescentes infratores, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, encontram-se individualizadas nos artigos 115, advertência, 116 - obrigação de reparar o dano; 117 - prestação de serviços à comunidade; 118 - liberdade assistida; 120 - inserção em regime de semiliberdade; 121 - internação em estabelecimento educacional; além das medidas protetivas, previstas no artigo 101, I a VI, supramencionadas.

A seguir, assim como elaborado acima para as medidas protetivas, faremos breves comentários relativos às medidas sócio-educativas previstas nos artigos 115, 116, 117 e 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, restando comentários sobre as medidas previstas nos artigos 118 e 121 para comentários que faremos ao deste trabalho, no capítulo 5.

Art. 115 - A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.

⁷⁵ Ibid., p. 136/137

Trata-se de admoestação verbal feita ao infrator com o objetivo de alertar o adolescente e seus responsáveis sobre os riscos envolvidos na prática do ato infracional, visando que volte a cometer outros ilícitos.

Art. 116 - Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único - Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

A medida é aplicável às ocorrências que atingem bens materiais da vítima, direta, ou indiretamente, como furto (art. 155 do CP), dano (art. 163 do CP) e pichação ou grafiteagem (art. 65 da Lei nº 9605/98), em que o adolescente pode ser compelido a efetivamente reparar o mal causado.

Art. 117 - A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesses geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único - As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência à escola ou à jornada normal de trabalho.

“É uma das medidas sócio-educativas que se reveste, hoje, de um grande e profundo significado pessoal e social para o adolescente autor de ato infracional”.⁷⁶

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

Parágrafo primeiro - É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

Parágrafo segundo - A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Trata-se da medida sócio-educativa mais restritiva da liberdade pessoal depois da internação. Faz parte das medidas sócio-educativas para as quais o artigo 114 requer as plenas garantias formais em relação à apuração da infração e à igualdade do adolescente em relação processual.

A semiliberdade constitui uma alternativa mais branda à internação, consistente de recolhimento noturno e realização de atividades externas durante o dia, sob supervisão de equipe multidisciplinar.

4.3. Aplicação das medidas sócio-educativas

As medidas sócio-educativas previstas do Estatuto da Criança e do Adolescente somente podem ser aplicadas pela autoridade competente, no

⁷⁶ Augusto César da Luz Cavalcante, *in* Munir Cury (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. cit., p. 400.

caso o Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude, e como já comentando anteriormente, deverão levar em consideração a capacidade do adolescente infrator em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Também, prevê o artigo 123 da lei especial, que em caso de internação, a medida deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescente.

Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo chama a atenção para o fato de que *“em se falando de atos infracionais, o julgador não deve considerar apenas a gravidade objetiva do fato praticado, mas, e principalmente, a capacidade do infrator em cumprir a medida imposta, uma vez que a determinação de uma medida inexequível não propiciaria a ressocialização do adolescente”*.⁷⁷

Importante lembrar que o caráter da medida sócio-educativa é educar socialmente o adolescente de modo que, ao fixar a medida sócio-educativa cabível ao caso concreto, deverá o juiz agir de modo a atingir o propósito da medida, de modo que não pareça ser sua aplicação desprovida de qualquer rigor.

Portanto, subjetivamente, uma medida sócio-educativa prevista no art. 112 da Lei 8.069/90 pode ser, ao adolescente infrator, muito mais rigorosa que uma pena, bastando para tanto ter eficácia real, ser aplicada nos moldes previstos na Lei, de maneira a provocar os seus efeitos benéficos, ou seja, a oportunidade de por meio de tratamento pedagógico, modificar o seu comportamento, o que sabemos impossível no seio do sistema carcerário brasileiro.

⁷⁷ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo/Thales César de Oliveira, Op. cit. p. 150.

4.3.1. Da remissão

Inserimos este subitem, para falarmos da remissão no direito da criança e do adolescente a qual poderá ser concedida pelo representante do Ministério Público e pela autoridade judiciária.

Cabe explicar que tal instituto pode ser concedido pelo Representante do Ministério Público antes de iniciado o procedimento que apura o ato infracional e pela autoridade judiciária, em qualquer fase do procedimento, antes da sentença e poderá excluir, extinguir ou suspender o procedimento, nos termo do artigo 126. *In verbis*

Art. 126 - Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequência do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único - Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Trata-se do perdão dado pela autoridade competente, assemelhando-se ao perdão do ofendido e ao perdão judicial disciplinados na legislação penal (C.P. art. 107, V e IX), que são causas de extinção da punibilidade e à transação penal, nos moldes disciplinados pela lei 9099/90.

Não implica necessariamente o reconhecimento da responsabilidade, isto é, não é necessária a prova claro do ato infracional para

a aplicação da mesma. Por outro lado, não prevalece para efeito de reincidência, consoante artigo 127. *In verbis*:

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

A chamada remissão ministerial será concedida pelo representante do Ministério Público antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, como forma de exclusão do procedimento, e deverá ser homologada pela autoridade judiciária. Depois de iniciado o procedimento somente a autoridade judiciária poderá conceder a remissão que importará na suspensão ou extinção do procedimento.

Para melhor entendermos o tema, vejamos o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete: “*A remissão pode ser concedida como perdão puro e simples, sem aplicação de qualquer medida, ou, a critério do representante do Ministério Público ou da autoridade judiciária, como uma espécie de transação, como mitigação das conseqüências do ato infracional. Nesta ultimo hipótese ocorre a aplicação da medida específica de proteção ou sócio-educativa, excluídas as que impliquem provação de liberdade (encaminhamento aos pais ou responsáveis, advertência etc.). Excluem-se as medidas de semiliberdade e internação diante do principio do devido processo legal, consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LIV). Essa transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio*

*envolvimento do processo. Quando a remissão constituir perdão puro e simples ou vier acompanhada de medida que se esgote em si mesma, ocorrerá a exclusão do processo, se concedida pela juiz. Não ocorrendo uma dessas hipóteses o processo ficará suspenso até que se cumpra a medida eventualmente aplicada pela remissão. As medidas aplicadas, ainda que pelo Ministério Público, serão sempre executadas pela autoridade judiciária.”.*⁷⁸

Observe-se que a remissão concedida pelo representante do Ministério Público diferencia-se da remissão concedida pela autoridade judiciária, uma vez que a primeira não tem caráter de medida sócio-educativa, devendo ser homologada pela autoridade judicial consoante disciplina o artigo 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

Parágrafo primeiro - Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

Parágrafo segundo - Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro representante do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

⁷⁸ Julio Fabbrini Mirabete, *In* **Munir Cury** (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. cit. p. 403.

5. LIBERDADE ASSISTIDA

O instituto da liberdade assistida, como vimos é uma das medidas sócio-educativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicada em determinados casos aos adolescentes infratores.

O *caput* do artigo 112 da Lei 8069/1990 elenca em seus sete incisos não só as medidas sócio-educativas, mas também as protetivas (aquelas previstas no artigo 101, I a VI) do mesmo diploma aplicáveis aos adolescentes autores de ato infracionais, figurando a medida em comento no inciso IV do artigo 112 da lei especial.

Ressalte-se que o caráter da medida sócio-educativa da liberdade assistida vem efetivamente disciplinado no artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente e tem lugar, como disciplinou o legislador quando se mostrar a mais adequada ao caso concreto.

Assim dispõe o artigo 118 do Estatuto: *in verbis*:

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

Parágrafo Primeiro - A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

Parágrafo segundo - A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou

substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Ou seja, a medida sócio-educativa em estudo, somente será aplicada quando efetivamente se apresentar como a mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente infrator.

Dessa leitura temos que o propósito da medida é apoiar o adolescente, acompanhando-o durante o cumprimento da medida, orientando-o e assegurando-lhe meios de construir um projeto de vida.

Tal instituto, segundo Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo:

*“(...) é baseado no instituto norte americano do **probation system**, consiste em submeter o adolescente, após sua entrega aos pais ou responsável, a uma vigilância e acompanhamento discretos, a distância, com o fim de impedir a reincidência e obter a ressocialização”.*⁷⁹

O conceito de liberdade assistida ensina Elias Carranza, representante da Ilanud (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para prevenção do delito e tratamento do adolescente) não é totalmente novo. “Os artigos 118 e 119 do Estatuto põem ênfase na palavra ‘assistida’, entendendo os adolescentes já não como objetos de vigilância e controle”.⁸⁰

⁷⁹ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo/Thales Cezar Oliveira, Op.Cit., p. 156.

⁸⁰ Ana Maria Gonçalves Freitas, **In, Munir Cury** (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. cit. p. 403.

Em sua opinião, os adolescentes são “sujeitos livres e em desenvolvimento, que requerem apoio ou assistência no exercício de sua liberdade, para se desenvolverem à plenitude”.⁸¹

5.1. O instituto nas legislações anteriores

A legislação anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 6697 de 10 de outubro de 1979 referia-se ao adolescente infrator como *autor de infração penal* e o considerava *menor em situação irregular* e já previa a aplicação da medida.

Referida lei, o Código de Menores, revogado, ao disciplinar a aplicação da liberdade assistida, em seu artigo 2º, inciso V, estendia-a também aos “*menores com desvio de conduta, em virtude da grave inadaptação familiar*”, dispunha ainda, em seu artigo 14 sobre a imposição do regime de liberdade assistida ao menor, sendo o instituto ratificado pelo novo ordenamento relativo aos direitos da criança e do adolescente. Vale lembrar, como expõe Ana Maria Gonçalves Freitas “que o Estatuto não se limitou a ratificar a liberdade vigiada, velha conhecida da legislação menorista de 1927 (Código Mello Mattos) e que depois trocou de nome para liberdade assistida sem, no entanto, perder a característica principal de ‘vigiar’ (art. 38 do Código de Menores de 1979)”.⁸²

Ainda, conforme comenta Ana Maria Gonçalves Freitas, em virtude da discrepância flagrante no 1º Seminário Latino-Americano de Capacitação e Investigação sobre os Direitos do Menor e da Criança frente ao

⁸¹ Ibid., mesma página.

⁸² Ana Maria Gonçalves Freitas, *In*, Munir Cury/Antonio Fernando do Amaral, op. cit., p. 402.

Sistema de Administração da Justiça Juvenil (San José, Costa Rica, 1987), ficou assentado: “Cabe fazer a diferença de objetivos entre a liberdade vigiada (controle sobre a conduta do menor) e a liberdade assistida (criação de condições para reforçar vínculos entre o menor, seu grupo de convivência e sua comunidade)... conveniente a aplicação, sempre que possível, da ultima”.⁸³

5.2. Casos em que é aplicada a medida sócio-educativa da liberdade assistida

Como já vimos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação que versa sobre as questões da infância com base na doutrina da proteção integral, conforme dispõe seu artigo 1º determina que, em casos de adolescentes autores de ato infracional, aplique-se não uma pena, mas uma medida sócio-educativa, substituição que vai além da forma e privilegia a reinserção desses adolescentes por meio do oferecimento de caminhos traçados em conjunto com eles, sua família e sua comunidade.

Tais medidas sócio-educativas, como já visto, são aquelas elencadas no artigo 112 e individualizadas nos artigos 115, 116, 117, 118, 120 e 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Levando-se em conta os critérios estabelecidos pela Lei 8069/90, baseado no § 1º do artigo 112, o juiz da Vara da Infância e da Juventude aplicará uma dentre as medidas indicadas.

⁸³ Ibid., p. 403.

Entre as medidas sócio-educativas, que vão desde a advertência, em casos mais leves (artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente) até a privação de liberdade, nos casos de atos infracionais com as agravantes dos incisos I e II do artigo 122 do mesmo instituto, ou inciso III, também do artigo 122, está a Liberdade assistida, prevista no artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o acompanhamento do adolescente durante um período estabelecido por um juiz da Vara Especial da Infância e Adolescência.

No que pese o Estatuto não definir especificamente os casos em que a liberdade assistida poderá ser aplicada, temos que se trata de uma medida judicial de cumprimento obrigatório para o adolescente que dela é sujeito, valendo dizer, que se trata de uma alternativa às medidas restritivas à liberdade, prevista nos artigos 120 (regime de semiliberdade) e 121 (internação em estabelecimento educacional).

Aqui, sem qualquer pretensão de explicar ou estabelecer critérios para a aplicação de uma ou outra medida, esclarecemos que o grau do ato infracional cometido é a base para a definição da medida a ser aplicada e como bem dispõe a Lei especial, cabe a autoridade competente, o juiz da Vara da Infância e Juventude, definir por sua aplicação no caso concreto.

A título exemplificativo, explanaremos brevemente sobre a medida sócio-educativa, em tese, mais severa aplicável ao adolescente infrator, a internação.

A internação constitui, conforme dispõe o artigo 121 do Estatuto, em medida privativa de liberdade e poderá ser aplicada pelo prazo máximo de três anos e, conforme disposto no artigo 122 do Estatuto, só poderá ser

aplicada nos casos de ato infracional cometido *mediante grave ameaça, ou violência à pessoa; em razão de reiteradas infrações graves cometidas pelo adolescente; ou pelo descumprimento reiterado e injustificável de medida imposta anteriormente.*

Observe-se que, como o próprio Estatuto define em seu artigo 2º, parágrafo único, há casos expressos em lei onde o Estatuto da Criança e do adolescente poderá ser aplicado à pessoa com idade entre 18 e 21 anos. Aqui, abrimos um parêntese e sem nos aprofundarmos no tema, entendemos que tal não se aplica à lei penal, pois o parágrafo único do Estatuto já define que “para os efeitos desta Lei, deverá ser considerada a idade do adolescente à data do fato”, citemos como exemplo um jovem de 17 anos e 11 meses que comete um ato infracional e é internado.

Ele poderá ficar até seus 20 anos e 11 meses cumprindo a medida sócio-educativa de internação, já que o prazo máximo da internação é de três anos e após deverá ser liberado, nos termos do parágrafo 3º do artigo 121 do Estatuto. *In verbis:*

Art. 121 (...) Parágrafo terceiro - Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

Ao contrário, se este jovem já tem 18 anos completos, não comete ato infracional e sim crime ou contravenção, sujeitando-se as normas penais estabelecidas em lei.

Entendemos oportuno este comentário, a fim de afastar qualquer questão sobre o adolescente infrator autor de delitos graves como homicídios e estupro, de modo a demonstrar que independente da gravidade do ato

infracional, vale para a aplicação das medidas sócio-educativas a idade do infrator à época do fato.

Cabe lembrar ainda, que conforme disciplina o parágrafo 1º do artigo 121 da Lei 8069/90, o adolescente infrator sujeito à medida sócio-educativa da internação, poderá realizar atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário. Tal pode-se avaliar como uma forma de facilitar a reinserção social do interno, após cumprimento da medida.

Ainda sobre a internação, temos que, atendendo a doutrina da proteção integral, deverá obedecer, conforme preceitua o Constituição Federal em seu artigo 227 § 3º, os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento.

Reproduzindo a ordem constitucional, o Estatuto dispõe de forma semelhante no caput do artigo 121.

Aos adolescentes submetidos à medida sócio-educativa da internação, deverão ser respeitados os dispositivos dos artigos 123, 124 e 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõem sobre o cumprimento da medida em entidade exclusiva para adolescentes e a garantia dos direitos aos adolescentes privados de liberdade e o dever do Estado em zelar pela integridade física e mental dos internos.

Este breve comentário sobre a medida sócio-educativa da internação apresentou-se com propósito de mostrar que o legislador, no que tange aos casos em que poderá a medida mais severa ser aplicada, definiu

claramente em quais casos, enquanto no caso da liberdade assistida, caberá interpretação apurada da autoridade competente.

5.3. Prazo para cumprimento da medida sócio-educativa da liberdade assistida

Conforme disciplina o parágrafo 2º do artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente a medida sócio-educativa da liberdade assistida “será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, *podendo a qualquer tempo* ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor”. (Grifo nosso).

Da leitura do artigo e parágrafo em comento, extraímos do ensinamento de Paulo Afonso Garrido de Paula o entendimento de que, sendo determinada ao adolescente infrator o cumprimento da medida sócio-educativa da liberdade assistida, embora o prazo mínimo fixado para seu cumprimento seja de seis meses, poderá, a qualquer tempo, conforme previu o legislador, ser o prazo prorrogado, o cumprimento da medida ser revogado, ou mesmo a liberdade assistida ser substituída por outra medida sócio-educativa.

“Quando tratou da liberdade assistida, o legislador prescreveu “que será fixada pelo prazo mínimo de seis meses”, devendo este ser entendido como prazo inicial para a programação da assistência, porquanto o legislador, no mesmo dispositivo, expressamente consignou a possibilidade de revogação a qualquer tempo, “ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor”.⁸⁴

⁸⁴ Paulo Afonso Garrido de Paula, Op. Cit., p. 115

Ainda da leitura do parágrafo 2º do artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente no que diz respeito a prorrogação do prazo do cumprimento da medida sócio-educativa, tal será adotado pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, se ao final do prazo estipulado inicialmente, for verificada a necessidade de continuidade no acompanhamento.

Ou seja, toda medida sócio-educativa, como já visto, e copiando o ensinamento de Paulo Garrido⁸⁵, tem por finalidade servir como instrumento de defesa social e ao mesmo tempo, consubstanciar meio de intervenção no desenvolvimento do adolescente infrator.

5.4. Objetivo da medida sócio-educativa da liberdade assistida

O objetivo da liberdade assistida é a reeducar o adolescente visando sua reinserção social. Tal é uma alternativa ao regime fechado (internação art. 112, VI e 121 do Estatuto da Criança e do adolescente), tendo como escopo proteção da comunidade e contribuição para o aprimoramento da administração de proteção integral consagrada pelo Estatuto.

Outro objetivo fundamental, o da prevenção especial, consiste em eliminar ou reduzir as possibilidades da reincidência, procurando-se impedir a repetição da conduta anti-social.

Entretanto, a fim de que o valor seja frutífero deve-se levar em conta o pessoal especializado, que seleciona e assiste o adolescente. A medida terá que ser precedida de observação. Para seu sucesso, dependerá de serviço especializado para o estudo do caso; metodologia de supervisão; organização

⁸⁵ Ibid., p. 112.

técnica do mecanismo de aplicação; e designação do agente de prova devidamente qualificado, este o orientador, previsto no parágrafo 1º do artigo 118 da lei especial.

Ensina Ana Maria Gonçalves Freitas que o instituto da liberdade assistida trata-se de uma medida judicial de cumprimento obrigatório para o adolescente que dela é sujeito. Prossegue ensinando ainda que:

*“(...) no entanto, pela natureza da medida, considera-se importante que esta se realize com maior grau possível de voluntariedade e ativo protagonismo do adolescente, tendo como objetivo não só evitar que seja novamente objeto de ação do sistema de Justiça Penal, mas também apoiá-lo primordialmente na construção de um projeto de vida”.*⁸⁶

Permite assim, que o adolescente, durante o cumprimento da medida sócio-educativa de liberdade assistida permaneça na comunidade, sem se afastar da família, do trabalho e da escola.

5.5. O papel do orientador

Na liberdade assistida o adolescente é posto sob o controle e seguimento de “pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento” (art. 118, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente), ou seja, por assistente social, educador especializado, pessoa ligada a um dos conselhos previstos pelo Estatuto ou

⁸⁶ Ana Maria Gonçalves Freitas, *In*, Munir Cury (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. Cit. p. 405.

pessoa da comunidade, com formação qualificada, investida da particular função de educação ou reeducação, mas sob a autoridade do Juiz da Infância e da Juventude.

Esta pessoa é o orientador, que será designada e com orientação da autoridade judiciária, deverá praticar os atos descritos no artigo 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na prática, o orientador geralmente é um psicólogo, um assistente social, ou mesmo, um outro funcionário das entidades assistenciais. Assim observamos nas visitas que fizemos em algumas dessas entidades.

O artigo 119 da Lei Especial define as incumbências do orientador, em seus quatro incisos. *In verbis*.

Art. 119 - Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

Sendo o orientador pessoa indicada pelo juiz de direito e que, com o apoio e a supervisão desta autoridade terá a incumbência de determinados encargos, tal pessoa deverá ser pessoa capacitada para desempenhar a referida função.

Principalmente porque, o rol das atividades previstos ao orientador no artigo em comento é meramente exemplificativo, podendo orientador se ater de outros encargos de modo a melhor assistir e atender o adolescente infrator.

Ana Maria Gonçalves Freitas, alude que *“ao orientador caberá desempenhar atividades que levem o orientando a modificar o seu modo de proceder, tornando-o socialmente aceito sem perder a própria individualidade. O que interessa é o atingimento da finalidade da medida, ao ponto que evolua e supere as dificuldades da fase da vida, aprendendo a exercitar seus direitos de cidadão e mover-se no processo de escolhas e decisões múltiplas que a vida apresenta”*.⁸⁷

Desta forma, considerando os encargos elencados na lei especial, compete ao orientador preparar o adolescente infrator para o seu, digamos assim, retorno ao meio social, sendo que enquanto perdurar a execução da medida, a liberdade pessoal do adolescente estará sofrendo restrição legal diante da atividade do orientador, cuja participação deverá ser ativa, e não meramente formal ou apenas burocrática.

Assim, o papel do orientador responsável é da maior importância e suas ocupações de apoio e assistência devem ser discutidas e acordadas com o adolescente, respeitando seu direito de escolher seu próprio projeto.

Sem olvidar que a orientação será feita “com apoio e supervisão da autoridade competente”, no caso o juiz da infância e juventude, deverá o orientador manter freqüente contato com esta autoridade, visando o melhor

⁸⁷ Ana Maria Gonçalves Freitas, *In* Munir Cury (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. Cit., p. 404.

cumprimento do seu papel, valendo acrescentar que mesmo o relatório previsto no inc. IV do Art. 119 deverá ser apresentado a autoridade contendo todos os dados relevantes com as conclusões aconselhadas.

6. EFICÁCIA DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DA LIBERDADE ASSISTIDA

Como já explanado, a medida sócio-educativa da liberdade assistida é uma das sete que os juizes das Varas da Infância e Juventude poderão aplicar ao adolescente autor de ato infracional.

Pelo seu caráter que entendemos mais socializador, já que envolve diretamente a família, a sociedade e o Estado, vislumbramos nesta modalidade ingredientes mais favoráveis para a ressocialização do adolescente infrator.

Visa o bem estar do adolescente, como uma alternativa ao regime fechado, proteção da comunidade e contribuição para o aprimoramento da administração de proteção integral consagrada pelo Estatuto. Desta forma, permite ao adolescente, durante o cumprimento da medida socioeducativa que permaneça na comunidade, sem se afastar da família, do trabalho e da escola.

Para sua eficácia, importante se faz que todos os envolvidos, autoridades, orientadores, membros das entidades assistências educadores e familiares trabalhem integrados, com o propósito de alcançar os resultados esperados com a medida.

Seu objetivo fundamental, o da prevenção especial, consiste em eliminar ou reduzir as possibilidades da reincidência, procurando-se impedir a repetição da conduta anti-social.

Assim, ensina Elaine Castelo Branco da Silva, enfatizando que:

*“Entretanto, a fim de que o valor seja frutífero deve-se levar em conta o pessoal especializado, que seleciona e assiste o adolescente. A medida terá que ser precedida de observação. Para seu sucesso, dependerá de serviço especializado para o estudo do caso; metodologia de supervisão; organização técnica do mecanismo de aplicação; e designação do agente de prova devidamente qualificado. Na liberdade assistida o adolescente é posto sob o controle e seguimento de ‘Pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento’ (art. 118, § 1º do ECA), ou seja, por assistente social, educador especializado, pessoa ligada a um dos conselhos previstos pelo Estatuto ou pessoa da comunidade, com formação qualificada, investida da particular função de educação ou reeducação, mas sob a autoridade do Juiz da Infância e da Juventude”.*⁸⁸

Lembremos sempre que o legislador infraconstitucional ao disciplinar no artigo 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente que *“Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”* abraçou na lei em comento o princípio do devido processo legal, corroborando assim o preceito consagrado pela inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal:

C.F. Art. 5º (...) Inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Desta forma, temos que a lei busca abolir qualquer tipo de arbítrio ou subjetivismo, garantindo ao adolescente infrator a direito a liberdade, da qual

Elaine Castelo Branco da Silva, *A liberdade assistida como alternativa a ressocialização do adolescente*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso em 05/12/2004.

somente poderá ser privado após o devido processo legal e ainda, nos termos do artigo 106, em caso de flagrante de ato infracional, ou por ordem exarada pela autoridade judiciária competente, ou seja, o juiz da Vara da Infância e Juventude.

Antonio Fernando do Amaral e Silva, assim explanou sobre o tema:

*“Se o mais perigoso dos delinqüentes adultos só pode ser preso em flagrante ou por ordem fundamentada da autoridade competente, não resiste à mesma análise jurídica a afirmação segundo a qual crianças e adolescentes não gozam dos mesmos direitos e podem ser privados de liberdade a guisa de atender seu melhor interesse. Havendo prisão, mesmo denominada de internação, o Estado só pode atuar dentro do principio da estrita legalidade, e isso implica o respeito aos direitos humanos e constitucionais, principalmente do adolescente, que goza de proteção integral. A lei 8089 de 1990 criou muito mais que uma nova justiça da infância e da juventude. Estabeleceu o estado democrático de direito numa esfera onde esteve ausente desde a nossa formação histórica. Ela aboliu o arbítrio e o subjetivismo, consagrando o Direito e dignificando a Justiça”.*⁸⁹

Neste sentido entendendo que, respeitada a gravidade do ato infracional e após o devido processo, a liberdade assistida pode afigurar-se como a medida mais adequada a reinserir o adolescente infrator ao meio social, e nos casos em que a própria lei define, consoante § 1º do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá ser aplicada no caso concreto.

⁸⁹ Antonio Fernando do Amaral e Silva, *Brasil criança urgente: A lei 8069/90* Munir Cury (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. Cit., p. 404

Na mesma esteira, ensina Anderson Pereira de Andrade:

“Para chegar-se à execução da medida privativa de liberdade – concretizadora da pretensão sócio-educativa do ECA, nos casos em que se requeira tal intervenção, há que se respeitar criteriosamente os direitos e garantias elencados nos artigos 106 a 111 desse diploma. Estes, detalhados pela Lei, são os direitos individuais e garantias processuais já inscritas na Constituição Federal, e, portanto vigentes para todos os cidadãos, com independência da idade. O respeito a tais garantias, também recolhidas nas declarações internacionais de Direitos humanos firmadas pelo Brasil, não pode ser, especialmente no caso das medidas privativas de liberdade, obnubilado pelo caráter sócio-educativo do ECA. Nada justifica, muito menos uma pretensão de ‘proteção’ ao adolescente, como veremos adiante, nenhuma graduação na aplicação dessas garantias, seja pela natureza do processo ou pelo sujeito das medidas. São os direitos fundamentais processuais aplicáveis sempre, em todas as circunstâncias a todos os adolescente . Ainda acerca das particularidades processuais estatutárias, é importante sublinhar o disposto no art. 114, que afirma ser necessária a «existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração», para a imposição das medidas sócio-educativas, ressalvada a hipótese de remissão e a medida de advertência. Ora, tanto a internação quanto a semiliberdade estão excluídas do elenco de medidas que pode acordar o MP com o adolescente, previamente à concessão da remissão, para a desistência do processo. Tudo isso indica que a apuração da responsabilidade do menor (autoria e materialidade da infração), especialmente com relação à aplicação das medidas privativas de liberdade, deve ser exaustiva no processo sócio-

educativo, não devendo pairar qualquer dúvida sobre se houve ou não responsabilidade do adolescente na comissão do ato infracional.”⁹⁰

5.1. Os caminhos até a aplicação da liberdade assistida

A eficácia da medida sócio-educativa, como vimos, depende de vários fatores, um deles, basilar no nosso entendimento, é capacidade do adolescente em cumpri-la, consoante já se disciplina no parágrafo 1º do artigo 112, onde acertadamente, no nosso entender, o legislador coloca esta condição em primeiro lugar ao ditar que *a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.*

Além disso, para que a medida possa alcançar o resultado proposto pela lei, a proteção integral a criança e ao adolescente, devem existir na sociedade, pessoas e entidades, sejam públicas ou privadas, preparadas para atenderem esse adolescente que está sujeito à referida medida.

A própria lei especial, ao definir a liberdade assistida, dispõe que ela será adotada sempre que se afigurar como a mais adequada para *acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente*, devendo a autoridade judiciária designar *pessoa capacitada para acompanhar o caso.*

Por outro, o papel fundamental da família deste adolescente, a fim de acompanhar seu comportamento durante a aplicação da medida de modo a proporcionar-lhe a reintegração à sociedade.

⁹⁰ Anderson Pereira de Andrade. *Direitos fundamentais e aplicação das medidas sócio-educativas privativas da liberdade.* Disponível em: <<http://www.ambito-JURIDICO.com.br>> Acesso em 23/11/2005.

Para que pudéssemos ter clara a participação da sociedade no processo de ressocialização fizemos visitas a órgãos públicos e entidades não governamentais, diretamente envolvidas com os caminhos traçados pelo adolescente autor de ato infracional e submetido à medida em estudo.

Tais visitas efetivamente foram a três delegacias de polícia, a uma Unidade de Internação, a um centro de referência e a um posto de assistida, todos localizados na zona Oeste da cidade de São Paulo.

Apesar das dificuldades encontradas, em face das limitações impostas pela própria legislação em estudo e muitas vezes da má interpretação por parte das pessoas envolvidas sobre o disposto no artigo 143 do Estatuto ao preceituar que *“é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”* nos foi possível os seguintes levantamentos:

6.1.1 Adolescente infrator e delegacias de polícia

Nas unidades policiais visitadas, apuramos que dos 18914 registros policiais referentes ao ano de 2005, 1,41% representam atos infracionais e deste universo, 47% foram praticados com violência e ameaça contra a pessoa, incluindo-se aí, três ocorrências (1,12%) na modalidade de crime doloso contra a vida (homicídio/tentativa de homicídio), que sujeitam o adolescente à punição mais severa prevista no Estatuto, ou seja, a internação, prevista no artigo no artigo 112, inciso VI do Estatuto e disciplinada nos artigos 121 a 125 do mesmo diploma. Outros 28% dos casos de prática infracional com violência ou ameaça, versaram sobre roubo e resultaram em

de autos de apreensão dos adolescentes, que foram encaminhados à Promotoria da Infância e Juventude da mesma forma que 13% de adolescente apreendidos em flagrante em virtude de porte de armas de fogo.

Em 40% dos casos, os registros relacionavam-se com outros tipos de delito, incluindo 2% por porte/uso de entorpecentes e em menos de 1% houve apreensão de adolescente por envolvimento com o tráfico de drogas.

Em 16% dos casos, a prática infracional que prevaleceu foi à modalidade furto, sem grave ameaça ou violência contra a pessoa e nestes casos, a maioria dos adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional foi liberada a seus responsáveis mediante termo de compromisso, conforme disciplina o artigo 174 do Estatuto. *“In verbis”*

Art. 174 - Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Ressalte-se aqui que os adolescentes que não foram liberados aos responsáveis, por não comparecimento destes ou em face da gravidade da prática infracional, foram encaminhados ao Representante do Ministério Público, juntamente com as peças relativas a sua apreensão, respeitando o disposto no artigo 175 da Lei Especial. *“In verbis”*.

Art 175 - Em caso de não-liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Parágrafo primeiro - Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.

Parágrafo segundo - Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. A falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

6.1.2 Adolescente infrator e Ministério Público

O Ministério Público, diz a Constituição Federal em seu artigo 127, é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Temos aí, a importante e relevante inserção do Ministério Público, garantida nas letras constitucionais, com suas funções institucionais inseridas no artigo 129 do Diploma Maior, em seus nove incisos.

No que diz respeito às crianças e adolescentes, as funções do Ministério Público figuram nos artigos 200 à 205 do Estatuto da Criança e

do Adolescente, destacando-se suas competências no artigo 201 da referida lei, em especial a necessidade da intervenção obrigatória do promotor de justiça em todos os procedimentos relativos à crianças e adolescentes, sob pena de nulidade, consoante define o artigo 204 do Estatuto. *In verbis*:

Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

No que importa ao adolescente infrator, destaque-se ainda a competência do Ministério Público na concessão de remissão, nos termos do inciso I, do artigo 201 da lei especial, já explanada ao longo deste trabalho no item 4.3.1..

Mencione-se a título prático que o adolescente infrator apreendido em flagrante, na capital e em algumas cidades da grande São Paulo são encaminhados à *UAI - Unidade de Atendimento Inicial*, localizada na rua Piratininga, 85, bairro do Brás, onde funciona a Promotoria da Infância e Juventude da Capital, órgão do Ministério Público.

Em visita ao referido órgão pouco podemos colher de informações, senão pequenos detalhes técnicos, destacando-se a classificação ali efetuada para fins de triagem entre os adolescentes, que os define em quatro tipos:

Primário Médio – adolescente infrator primário que cometeu ato infracional sem violência ou ameaça à pessoa;

Primário Grave – adolescente infrator primário que cometeu ato infracional com violência ou ameaça à pessoa;

Reincidente Médio – Adolescente infrator não primário que cometeu ato infracional sem violência ou ameaça;

Reincidente Grave – Adolescente infrator não primário que cometeu ato infracional com violência ou ameaça.

Sem nos aprofundarmos nas definições de cada um dos tipos de adolescentes infratores descritos acima, tomando apenas como base os dois primeiros, nos foi explicado que mesmo ao adolescente infrator primário autor de ato infracional cometido com violência ou ameaça contra a pessoa, poderá ser imposta a medida da liberdade assistida e não a internação, isso porque, para a aplicação desta, além dos requisitos da violência e grave ameaça à pessoa, o legislador previu ainda, no artigo 122 as hipóteses da reiteração do cometimento de infrações graves pelo adolescente e a desobediência de outra medida aplicada, com destaque para o disposto no parágrafo 2º do referido artigo, assim definido por Emílio Garcia Mendez:

“Sem dúvida alguma, o aspecto mais importante do art. 122 se encontra no § 2º, que, literalmente, ‘inverte o ônus do prova’, obrigando a autoridade judicial a demonstrar que não existe outra medida mais adequada que a internação. A expressão ‘em hipótese alguma’ deve se entendida no sentido de que mesmo nas hipóteses dos incs. I e II do art.122, a privação de liberdade deve ser evitada, existindo antes dela, outras medidas de caráter mais adequado”.⁹¹

⁹¹ Emília Garcia Mendez, *In* Munir Cury (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. Cit., p. 416.

Das providencias adotadas pelo representante do Ministério Público nesta fase da apuração do ato infracional, disciplinadas nos artigos 179 à 182 do Estatuto, destacamos as adotadas na chegada do adolescente oriundo de unidades policiais (art. 179) e a representação que é feita autoridade judiciária propondo a instauração do procedimento para instauração do procedimento para aplicar a medida sócio-educativa, nos termos do artigo 182. *In verbis*:

Art. 179 - Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá a imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único - Em caso de não-apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das Polícias Civil e Militar.

(...)

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

6.1.3. Adolescente infrator e a ação sócio-educativa.

A presença da autoridade judiciária para apuração de ato infracional ensina Wilson Donizeti Liberati “*significa a garantia e proteção*

*dos direitos da criança e do adolescente. Tendo o Direito finalidade social, deve o juiz interpretar as leis sem se apegar ao texto, às palavras, mas verificando as necessidades sociais que elas visam a disciplina, assim como as exigências da justiça e da equidade de seus fim”.*⁹²

O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente será de 45 dias nos termos do artigo 183 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal preceito se afigura nos moldes do direito penal, em casos de prisão em flagrante, visando coibir o constrangimento ilegal com o excesso de prazo.

Destarte, depois de oferecida a representação pelo representante do Ministério Público, a autoridade judiciária deverá designar audiência de apresentação do adolescente, decidindo desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação.

No caso de adolescente internado, será requisitada sua apresentação nos termos do artigo 184, § 4º, se não estiver internado será notificado a comparecer para audiência de apresentação, juntamente com seus pais e acompanhado de advogado.

Importante destacar que conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente, se na audiência de apresentação “a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando desde logo, audiência em continuação”. Isto se aplica, ensina Paulo Afonso Garrido de Paula “*a todos os casos, ainda que o ato infracional atribuído não justifique a decretação da medida de semiliberdade ou a internação. Tal observação é*

⁹² Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente*, P. 190.

*absolutamente necessária, de vez que, ante a redação do parágrafo 2º do art. 286 do ECA, poderia, equivocadamente, entender o intérprete apressado que o juiz somente estaria obrigado a nomear defensor quando o fato fosse grave, passível de internação ou colocação em regime de semiliberdade... Quem incorre neste lamentável equivoco desconsidera a necessidade de interpretação sistemática do Estatuto, como também despreza a própria Constituição Federal. Com efeito, o Estatuto garante ao adolescente defesa técnica por advogado (art. 111, III), bem como estabelece a regra de que nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor (art. 207, caput). Diz a lei, ainda, que, se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz (art.cit., § 1º). Tais normas decorrem do princípio do contraditório, inserido na Constituição Federal mediante formula explicativa de seus elementos integrantes, resumida na expressão **defesa técnica profissional**, contida no art.227, § 3º, IV, da Carta Magna.”⁹³*

No prazo de três dias da audiência de apresentação, o advogado constituído ou defensor nomeado, apresentará a defesa previa e rol de testemunhas e em audiência de continuação, adotadas as medidas necessárias, a autoridade proferirá a decisão. (Art.186, §§ 3º e 4º).

Se a medida aplicada for de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços a comunidade, *liberdade assistida*, ou qualquer medida de proteção, a intimação da sentença far-se-á, unicamente na pessoa do defensor (art.190, § 1º).

⁹³ Paulo Afonso Garrido de Paula, *In*, **Munir Cury** (coordenador)/Antonio Fernando do Amaral, Op. cit. p. 571.

6.1.4. Das entidades envolvidas com adolescente infrator em cumprimento de liberdade assistida.

Infelizmente o Estatuto da Criança e do Adolescente não define especificamente, as condições que serão cumpridas pelo adolescente no cumprimento da medida sócio-educativa.

Traz, entretanto, a previsão da existência de entidades voltadas ao atendimento do adolescente infrator, nos termos do seu artigo 90. *In verbis:*

Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:

- I - orientação e apoio sócio-familiar;
- II - apoio sócio-educativo em meio aberto;
- III - colocação familiar;
- IV - abrigo;
- V - liberdade assistida;
- VI - semiliberdade;
- VII - internação.

Parágrafo único - As entidades governamentais e não-governamentais deverão proceder a inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária.

Assim, no Brasil, às entidades que desenvolvam a liberdade assistida é atribuída a responsabilidade de planejamento e execução, ou seja, guardados certos parâmetros gerais, há um rol amplo de possibilidades na forma de conceber sua execução, desde a concepção do problema e da metodologia a ser empregada, até alguns quesitos levados em conta para avaliar a sua eficácia.

Nessas unidades, que geralmente funcionam por meio de convênios com as prefeituras municipais, são desenvolvidas boa parte das atividades relacionadas aos adolescentes que cumprem a medida sócio educativa da liberdade assistida, conhecida por L A.

Em visitas à dois destes postos, ambos localizados na zona Oeste da capital paulista, podemos notar que os trabalhos desenvolvidos atendem aos dispositivos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. As próprias entidades, no caso dessas duas, mantidas por comunidades religiosas e conveniadas à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor (Febem), têm em seus quadros psicólogos e pedagogos que utilizam métodos, muitas vezes avançados, inclusive aulas de informática, canto, cênicas e outras e que no caso da região visitada, onde residem famílias de baixa renda eleva a auto-estima do adolescente.

Alguns dos membros da entidade são orientadores dos adolescentes e membros da comunidade, de modo que conseguem com facilidade acompanhar os adolescentes e seus familiares na vida social e comunitária, de modo acompanhar o seu aproveitamento durante o cumprimento da medida.

Claro que nos foram mencionados casos de adolescentes que abandonam a medida por não se adequarem a ela, ou outras razões, principalmente de desestrutura familiar, mas com índices insignificantes.

Deste modo, pudemos verificar que no caso da liberdade assistida, a nossa Justiça da Infância e da Adolescência, auxiliada por entidades como as visitadas, vem desempenhando excelente trabalho de modo a sua reinserção social.

CONCLUSÃO

Partindo dos princípios fundamentais da pessoa humana, que como bem definiu o Professor Alexandre de Moraes, têm por finalidade básica o respeito à dignidade do ser humano, destacando-se o direito à liberdade, iniciamos este trabalho.

Nos dois primeiros capítulos passamos pela evolução histórica do tema, chegando aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sempre com maior enfoque para o direito à liberdade, com destaque para os artigos 5º e 227 da Carta Maior, este último, em especial, por tratar do objeto de nosso estudo, o adolescente.

Nesse sentido, no terceiro capítulo passamos a tratar da legislação especial, a Lei 8069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do adolescente.

A partir da definição de criança e adolescente, passamos a melhor definir nosso objeto de estudo, o adolescente, aquela pessoa entre 12 e 18 anos, protegida pela lei especial ao o qual, pessoa de direito devem assegurar-se os direitos humanos fundamentais.

No desenvolver desse capítulo, observa-se o foco do estudo, o adolescente infrator, o qual cometeu ato infracional, conduta definida como crime ou contravenção, tudo consoante do Estatuto da criança e do adolescente.

Para tanto, nesse capítulo, fizemos uma pequena leitura de direito penal de modo a trazer definição de crime e contravenção, seguindo por um breve

escorço histórico dos direitos das crianças e adolescente, com destaque especial para os dispositivos relativos a maioridade penal.

Chegamos assim ao capítulo 4, que versa sobre as medidas sócio-educativas, aquelas destinadas aos autores de atos infracionais. Neste capítulo, inserimos um item sobre o instituto da remissão, que é o perdão concedido ao adolescente infrator, que pode ser concedido tanto pelo Representante do Ministério Público, quanto pela autoridade judiciária competente. Tal instituto destaca a importância do Ministério Público nas questões relativas às crianças e adolescentes, assunto também explanado no capítulo 6, mais detalhadamente.

O ordenamento legal em estudo, o Estatuto da Criança e do adolescente, a leitura de obras sobre o tema, são traduzidos na exposição sobre a definição do tema, trazendo ainda a explanação sobre os tipos de medidas sócio-educativas previstas e sua aplicação, de modo a demonstrar as diferenças entre uma e outras, com comentários inclusive sobre a medida da internação.

Temos no capítulo 5, a centralização de nosso estudo, a medida sócio-educativa prevista no artigo 118 do Estatuto, a Liberdade assistida.

Explanamos sobre os casos em que a medida pode ser aplicada, período de sua aplicação, a figura do orientador, prevista no artigo citado, bem como suas atribuições, entre outras.

Sobre a eficácia da medida, no capítulo 6, baseamos nos em algumas visitas de campo, a fim de reproduzir o caminho do adolescente infrator, desde o ato infracional, até o cumprimento da medida sócio-educativa. Das

visitas realizadas a três delegacias de polícia, dois postos de liberdade assistida, uma casa de passagem e uma unidade de internação, destacamos as visitas às delegacias e postos de L.A. (liberdade assistida).

Nesta fase, apesar das enormes dificuldades encontradas nos órgãos visitados para a obtenção das informações, uma vez que os responsáveis, freqüentemente invocam o dispositivo da legislação especial, alusivo à preservação dos adolescentes infratores para justificarem a recusa, nos foi possível avaliar a teoria para a aplicação da medida em estudo, razão pela qual denominamos o item relativo ao alusivo capítulo de “os caminhos até a aplicação da medida sócio-educativa da liberdade assistida”.

Pudemos enfim concluir que a medida sócio-educativa da liberdade assistida, embora deficiente em algumas situações, especialmente nas dificuldades ainda existentes para sua fiscalização, atende na maioria dos casos em que é aplicada ao propósito definido pelo legislador, servindo como meio eficaz para ressocialização do adolescente infrator, mobilizando a família o Estado e a sociedade no propósito de assegurar-lhe os direitos previstos e garantidos pela na Constituição Federal e sua dignidade enquanto pessoa.

Forçoso lembrar que a educação, direito social garantido a todos e assegurado com absoluta prioridade à criança e ao adolescente nos termos dos artigos 6º e 227 da Carta Magna é ferramenta fundamental para a garantia de resultados positivos na aplicação de quaisquer medidas sócio-educativas que visem a reinserção social do adolescente infrator.

BIBLIOGRAFIA

ALCANTARA, Eduardo Roberto de. Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo: Atlas, 2005.

ANDRADE, Anderson Pereira de. Direitos fundamentais e aplicação das medidas sócio-educativas privativas da liberdade. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em 23/11/2005.

BATTAGLINI, Giulio, Direito Penal, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca/ALMEIDA, Guilherme Assis de, Curso de filosofia do direito – 3º ed., São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, tradução Carlos Nelson Coutinho, 15º ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Coimbra, Almedina, 2003.

CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões de Carvalho, Direito do Menor.

CURY, Amaral e Silva, MANOEL (coord.) Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.- São Paulo: Malheiros. 2005

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito da família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v 5

FRAGOSO, Heleno Cláudio, Lições de direito penal, parte geral, 4. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980

HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, t. II.

JESUS, Damásio Evangelista de, Direito Penal, 8º ed. São Paulo: Saraiva, 1985

LIBERATI, Wilson Donizeti Liberati, Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente, 8ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

LIMA, Isabel Maria Sampaio Lima, Sistemas de garantias de direito da criança e do adolescente no Brasil. Disponível em <<http://jusnavegandi.com.br>> acessado em: 23-11-2005

LUÑO, Antonio Perez. Derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución Española”. 6ª edición. Madrid: Tecnos. 1995

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manoele, 2003.

MAGGIORE, Giuseppe, Diritto Penale. 5. ed. Bolonha, Nicola Zanuchelli Editore, 1951.

MILANO FILHO, Nazir David, MILANO, Rodolfo César. Estatuto da criança e do adolescente: comentado e interpretado de acordo com o novo Código Civil, 2 ed. São Paulo: Leud, 2004.

MIRABETE, Julio Fabrini, Manual de Direito Penal – São Paulo: Atlas, 1994.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della, Discurso sobre a dignidade do homem (Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho) – Lisboa: Edições 70, 2001.

MELLO, Celso Albuquerque. Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio de Janeiro: Renovar. 1997

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da C.F. – 4º Ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORANGE, Jean, Direitos humanos e liberdades publicas, Barueri: Manoele, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. Assim Falou Zaratustra. Rio de Janeiro, Editora Bertrand Brasil S.A., 1987.

NERY, Rosa Maria de Andrade, Noções preliminares de direito civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, Manual da Monografia Jurídica, São Paulo, Saraiva, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de, Direito da criança e do adolescente/tutela jurisdicional diferenciada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

PEREIRA, Tânia da Silva. “O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar”. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica, 2a. Edição. Revista dos Tribunais Códigos Penais do Brasil, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 133

REALE, Miguel, Lições preliminares de direito – 27º ed. ajustada ao novo Código Civil – São Paulo : Saraiva, 2002

RODRIGUES, Moacir e GONÇALVES, Níveo Geraldo, - Conselho Tutelar Justiça da Infância e da Juventude e Liberdade assistida- Del Rey - 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Traduzido por Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro. Ed. Tecnoprint; 1969.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

SILVA, Elaine Castelo Branco. A liberdade assistida como alternativa a ressocialização do adolescente. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso em 05/12/2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo, 23 ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, José de Farias - Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente - 2ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, São Paulo: Saraiva 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil. Direito da Família, 3 ed São Paulo: Atlas, 2002

Legislação

- Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988;
- Código Civil 1916
- Código Civil 2002
- Código Penal Brasileiro
- Código de Processo Penal

- Lei das Contravenções Penais
- Lei 8069/1990, Estatuto de Criança e do Adolescente;
- Consolidação das Leis do Trabalho

Tratados e Convenções

- Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão
- Declaração Universal dos Direitos da Criança
- Convenção Internacional dos Direitos das Crianças
- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.