

Há critérios para o perdão? Um olhar sobre o subjetivismo na remissão e medida socioeducativa

ANGELA CAREN DAL POS

Promotora de Justiça, Especialista em Direito da Criança e do Adolescente e
Mestranda em Ciências Criminais pela PUC-RS.

Sumário: Introdução; Evolução do Direito da Infância e Juventude; As Medidas Socioeducativas no ECA; Da remissão; Pesquisa e discussão dos resultados; Tabela nº 1: Número de Promotores de Justiça em relação à fundamentação ou não do pedido de remissão quando da homologação a juízo; Tabela nº 2: Número de Promotores de Justiça em relação à concessão ou não de remissão mesmo quando o adolescente não admite o fato; Tabela nº 3: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4A; Tabela nº 4: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4B; Tabela nº 5: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4C; Tabela nº 6: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4D; Considerações finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A idéia do trabalho surgiu a partir de uma inquietação, enquanto Promotora de Justiça Criminal, muitas vezes chamada para atuar na área da Infância e Juventude, ao ter que aplicar remissão, cumulada ou não com medida socioeducativa, sem encontrar, no Estatuto da Criança e do Adolescente, a resposta acerca dos critérios a serem adotados para tal, quais os atos infracionais passíveis de remissão, qual medida adequada, quanto de medida é suficiente, o que me dava a sensação de poder desmedido e arbitrário. Ainda mais quando comparado ao Direito Penal, onde, ressalva feita à transação nos crimes de menor potencial ofensivo, não é possível aplicação de pena sem o devido processo legal. Não parecia correta a aplicação de medida socioeducativa, entendida de natureza penal, sem o respeito dos direitos processuais constitucionais, como é garantido aos adultos, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Tal inquietação aumentou a partir de uma aula ministrada pelo eminente professor, aqui muitas vezes doravante citado, Emílio Garcia Mendez, acerca da subjetividade e discricionariedade no Estatuto da Criança e do Adolescente, despertando a vontade de aprofundar a matéria e contribuir com o debate para o melhoramento do Direito Menorista.

Esse olhar que me proponho a lançar sobre o estatuto pretende explorar a Natureza Jurídica Penal das Medidas socioeducativas e o problema da falta de critérios legais definidos para a concessão da remissão e para a escolha e dosimetria dessas medidas a serem aplicadas, configurando ato subjetivo e discricionário do aplicador do direito, atentando contra os direitos fundamentais do jovem em conflito com a lei.

Trata-se de um estudo prático acerca dos critérios utilizados para a concessão da remissão e escolha das medidas socioeducativas pelos Promotores de Justiça da Infância e Juventude do Rio Grande do Sul.

O problema levantado leva a refletir acerca do tema e buscar soluções, pois inúmeras disparidades vêm sendo praticadas, a ponto de configurarem sérias injustiças contra os adolescentes infratores, ao aplicar-se, para casos idênticos, respostas muito diferentes, a critério única e exclusivamente do entendimento do Promotor de Justiça, o que vai de encontro aos propósitos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se pretende, de modo algum, questionar a idoneidade e zelo no desempenho das atribuições dos Promotores de Justiça que laboram junto à Justiça Menorista, mas apenas demonstrar a necessidade de limitar-se o subjetivismo e discricionariedade, pois, como diz Mendez (2000), as maiores atrocidades são cometidas em nome do amor, pois nesse não há limites, na justiça sim.

EVOLUÇÃO DO DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Até o século XVII, a criança como tal, não existia em nossas sociedades. O sentimento da infância nasce, na Europa, com o sentimento da família e com a constituição, pelas grandes ordens religiosas, da educação separada, que preparava a criança para a vida adulta. Este regime de separação durou até os anos cinquenta e sessenta. Antes dessa data, a idade adulta era vista como a idade ideal, e a educação consistia em preparar a criança para esse período da vida. Atualmente, tudo foi alterado. Nesse ponto somos herdeiros duplos de Freud e de Rousseau, onde o primeiro ensinou-nos que a infância é a chave mestra da nossa personalidade; e o segundo fez da criança o "bom selvagem" no seio da família (Bruckner in Morin, 1996:57).

No tema da responsabilidade penal dos menores de idade, Mendez (2000) aponta três etapas fundamentais, as quais convencionou chamar a

primeira etapa de *caráter penal indiferenciado*, a segunda de *caráter tutelar* e a terceira de *responsabilidade penal*.

A primeira etapa, que se estende desde o nascimento dos códigos penais de corte claramente retribucionista do século XIX até 1919, caracterizou-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, bem como pela promiscuidade, caracterizada pelo cumprimento da pena por menores e adultos indistintamente no mesmo estabelecimento, situação que persistiu até a criação do primeiro Tribunal de Menores, em Illinois, EUA, em 1899.

No Brasil, essa situação se verificou desde as Ordenações Filipinas, passando pelo Código Criminal de 1830, época do Império, e Código Penal Republicano de 1890, até a criação, em 1923, do Tribunal de Menores no país.

A despeito da situação dos menores de idade nesse período, comparada a dos animais, refere Mendez (2001) que o respeito pelos direitos da criança (ou menor) era inversamente proporcional ao parentesco, ou seja, os pais podiam fazer o que quisessem com os filhos, pois eram seus “donos”, assim como eram donos de seus animais, diferentemente do estranho que nada podia fazer contra a criança, pois, neste caso, era responsabilizado.

A partir da criação do primeiro Tribunal de Menores em Illinois, EUA, em 1899, triunfa o movimento dos reformadores norte-americanos, os quais pleiteavam a separação dos adultos e crianças que estivessem na mesma instituição. Inicia-se a segunda etapa de caráter *tutelar*, marcada pela profunda indignação frente à promiscuidade, mas mantida a idéia de reclusão como resposta às patologias sociais, decorrente do positivismo filosófico.

No Brasil, a criança passa a ser vista como um magno problema para a elite intelectual, política e filantrópica da época. Havia necessidade de resolver o problema de uma minoria de “menores” que não tinha as necessidades básicas satisfeitas ou apenas parcialmente, e que se tornara uma ameaça à ordem pública, ensejando a intervenção do Estado para educá-lo ou corrigi-lo, tornando-o útil ou produtivo ao país. (Rizzini, 2000)

Em 1923, é criado, no país, o Tribunal de Menores, mesma época que outros países da América Latina o fizeram, com a finalidade de resolver os problemas de uma parte da infância não atingida pela satisfação das suas necessidades essenciais. Paralelamente, veio-se construindo a Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência. Se não mais se confundiam adultos com crianças, desta nova concepção resulta um outro mal: a conseqüente criminalização da pobreza. (Saraiva, 2003: 31).

Nesta, a confusão conceitual, não distinguindo os abandonados dos infratores, até hoje presente na cultura brasileira, foi o fundamento das primeiras legislações brasileiras em relação ao novo Direito da Criança,

especialmente o Código de Menores de 1927, chamado Código de Mello Mattos.

Como consequência, o juiz de menores exercia poderes discricionários absolutos, pois normatizados, a fim de resolver os problemas da população carente infantil e juvenil, institucionalizando abandonados e infratores indistintamente, todos considerados em *situação irregular*. Os juízes eram os autores da política social para a infância pobre no Brasil. Bastava pertencer à classe carente, ou não se ajustar ao padrão estabelecido para estar ao alcance das ações da Justiça de Menores, a fim de conter a patologia social. As garantias individuais não eram observadas, e a privação da liberdade era a medida por excelência, tanto para os infratores, quanto para as “vítimas” ou “protegidos”. Esse modelo vai perpetuar-se nos anos subseqüentes, atingindo seu ápice com o advento do Código de Menores de 1979. Exceto pelo Código Penal de 1940 que, por uma questão de política criminal, estabeleceu a imputabilidade penal aos dezoito anos, mantida atualmente, não houve nenhuma outra modificação na política jurídica com relação à criança e à adolescência de 1928 a 1989 no Brasil.

Somente a partir de 1989, com a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, a Constituição Federal e, em 1990, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, inaugura-se a terceira etapa, que é a da responsabilidade penal dos adolescentes.

O conjunto de normas representadas pela Declaração dos Direitos da Criança, em 1959; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, conhecidas como regras de Benjing, em 29/11/1985; a Convenção da ONU de Direitos da Criança em 20/11/1989; as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, de 14/12/1990, e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção de Delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad, de 14/12/1990, irão compor mais tarde o novo perfil da normativa internacional, consagrando a Doutrina da Proteção Integral (Saraiva, 2003).

Essa ideologia, que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente, parte do pressuposto de que todos os direitos da criança e do adolescente devem ser reconhecidos. Estabelece que estes direitos se constituem em especiais e específicos, pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento. Para isso, as leis internas e o sistema jurídico dos países que a adotam devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas seu direito à vida, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, entre outros, dos quais destacamos as garantias processuais previstas no Capítulo III do Estatuto (Saraiva, 1999).

O Estatuto constitui a primeira inovação substancial latino-americana a respeito do modelo tutelar, pois de 1919 a 1989, as reformas das leis de menores no país constituíram apenas variações da mesma melodia (Mendez, 2001). Juntamente com a Convenção, representou uma ruptura no paradigma dominante, introduzindo uma alteração significativa daquilo que tinha sido o vínculo entre o Estado e adultos em relação aos menores e crianças.

Embora a ruptura de paradigma trazida pelo ECA, a infância paga um preço alto pelo reconhecimento da categoria diferenciada dos adultos, pois essa se dá em troca da incapacidade do sujeito (Mendez, 2001). Além disso, há o falso entendimento, baseado no senso comum, de que a inimputabilidade equivale a impunidade, o que também é um alto custo suportado por esse grupo.

Na questão da natureza jurídica da responsabilidade dos menores de 18 anos, em caso de transgressão da lei penal, e dos reflexos dessa opção conceitual na execução das medidas socioeducativas, por não ter sido suficientemente abordada em lei ou doutrina, vem deixando grande abertura à interpretação judicial, dando espaço, por vezes, ao subjetivismo e à discricionariedade, num retrocesso à doutrina do Código de Menores. Seus efeitos fazem-se sentir não apenas no campo jurídico, mas especialmente na administração das políticas públicas de atenção ao jovem em conflito com a lei (Mendez, 2001).

Poder-se-á perceber, no transcurso dessa exposição, que a não admissão da natureza penal das medidas socioeducativas, abre espaço à subjetividade e acaba por acarretar a desconsideração do correspondente sistema de garantias constitucionais em prejuízo dos jovens acusados, diferentemente do que ocorre no sistema penal, onde a discricionariedade é mínima, o suficiente apenas para interpretação da lei e enquadramento do fato à norma.

Segundo Mendez (2001), é necessário romper tanto com a visão pseudoprogressista e falsamente compassiva, de um paternalismo ingênuo, de caráter tutelar, quanto com a visão retrógrada de um retribucionismo hipócrita de mero caráter penal repressivo, expresso atualmente pela proposta de redução da idade na imputabilidade penal, adotando-se o modelo da responsabilidade penal dos adolescentes, que é o modelo das garantias.

Em que pese a revolução cultural suscitada pelo ECA, onde a criança e o adolescente passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, esta não está sendo efetivada de forma plena. Verifica-se, ainda, as más práticas autoritárias, repressivas e incriminadoras da pobreza, bem como as boas práticas tutelares compassivas, referidas por Mendez, herança do código de menores subsistentes em nosso meio. A chamada crise de interpretação do ECA diz especialmente com a persistência dessa cultura de subjetivismo e

discricionariedade a qual lentamente estão dando lugar à reformulação, deslocando os fundamentos filosóficos na percepção e tratamento da infância da “bondade” discricional à justiça garantista. (Mendez, 2001)

Mendez (2001), assim como Ferrajoli (1997), sustentam que não existem discricionariedades e subjetivismos bons. Refere o segundo que a ausência de regras nunca é tal; a ausência de regras é sempre a regra do mais forte. Diz o primeiro que, no contexto histórico das relações do Estado e dos adultos com a infância, a discricionariedade tem funcionado sempre, de fato e de direito, no médio e no longo prazo, como um mal em si mesmo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, embora legislação de cunho garantista, baseada na doutrina da proteção integral, permite ainda, em razão de suas lacunas e da cultura herdada do direito menorista, a violação de direitos em decorrência do emprego da discricionariedade e do subjetivismo pelo aplicador do Direito, especialmente no que tange à execução das medidas de privação de liberdade e à remissão e aplicação de medidas socioeducativas, questão que esse trabalho procura demonstrar.

Nesse contexto, o Estado se torna ele próprio um gerador de violência, como se não bastasse a violência que a criança e o adolescente já sofrem nas ruas, abandonados, e em suas próprias famílias, vítimas passivas de espancamento e abuso sexual, estigmatizados como “pivetes” e “trombadinhas”, em caso de prática de ato infracional. Não que se entenda que a criminalidade esteja relacionada diretamente com a miséria, mas esta população está mais exposta a todo tipo de violência, não podendo ser o Estado mais um a praticá-la, quando seu dever é dar-lhe proteção integral, conforme institui o art. 227 da Constituição Federal, que em momento algum excluiu os adolescentes em conflito com a lei dessa proteção (Veronese, J. R. P.; Rodrigues, W. M., 2001, em Veronese, J. R.P.; Rodrigues, W. M.; Mioto, R. C. T.)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao regulamentar os artigos 227 e 228 da Carta Magna, ao tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais, criou regime jurídico em que o adolescente foi elevado à dignidade de responder pelos seus atos. A responsabilidade penal juvenil encontra bases doutrinárias na Constituição Federal e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude, incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que, no artigo 103, conceituou o ato infracional como *a conduta descrita como crime ou contravenção penal*, remetendo o intérprete aos princípios garantistas do Direito Penal Comum, tendo como normas específicas as do Estatuto (Saraiva, 1999).

O reconhecimento da responsabilidade penal dos adolescentes significa a garantia dos direitos fundamentais desses jovens, no mínimo nos mesmos moldes daqueles garantidos aos adultos frente ao sistema penal. Não é conveniente adotar eufemismos, como uma suposta responsabilidade

social, não-penal, pois é justamente a adoção do modelo penal juvenil, previsto no ECA, que permite a preservação das liberdades individuais, além de ser um componente essencial para a construção da cidadania, pois essa não pode ser concebida na ausência de responsabilidade.

Os adolescentes devem seguir sendo *inimputáveis penalmente*, negando-se a redução da idade da imputabilidade penal, porém *penalmente responsáveis* pelos seus atos típicos, ilícitos e culpáveis. Há necessidade de demonstrar-se a exata dimensão do problema da delinquência juvenil, a fim de que não se acredite que a redução da maioridade penal e a proliferação de leis mais rígidas sejam a solução para o problema da insegurança pública que assola a sociedade, como querem fazer crer os movimentos baseados no comando “lei e ordem”.

AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO ECA

As medidas socioeducativas estão previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser divididas em não-privativas de liberdade – advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida – ou privativas de liberdade – semiliberdade e internamento, com ou sem atividades externas.

Em razão de sua similaridade com a pena prevista no Direito Penal do adulto, entendemos que a medida socioeducativa não pode ser entendida apenas enquanto conteúdo pedagógico, senão por seu caráter repressivo e por isso se assinala a importância de se garantir, aos adolescentes autores de ato infracional, os mesmos direitos assegurados aos adultos autores de crime.

As medidas socioeducativas são aplicáveis aos adolescentes autores de ato infracional, entendido este como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, nos termos do art. 103 do ECA.¹ Com esse dispositivo, o Estatuto explicita a observância da garantia constitucional do princípio da tipicidade, excluindo a antiga idéia do ambíguo conteúdo típico do *desvio de conduta*, preconizado pelo Código de Menores.

Inobstante a intenção de estabelecer o norte para a aplicação das medidas socioeducativas, o Estatuto silencia acerca dos critérios a serem adotados a fim de que a medida seja proporcional e não fira os direitos fundamentais do adolescente infrator, especialmente quando estabelecida em sede de remissão pelo Promotor de Justiça, pois ausentes as garantias processuais, especialmente o devido processo legal e o contraditório.²

O art. 114 do ECA dispõe, como pressuposto para a aplicação das medidas socioeducativas, a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, *ressalvada a hipótese de remissão*.

¹ Art. 103 – Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

² Vide texto capítulo 5, Da remissão.

Nessa ressalva verifica-se verdadeiro flagrante da violação de direitos fundamentais, na medida em que permite a aplicação de medida socioeducativa não-privativa de liberdade, que tem caráter punitivo, em sede de remissão, com exclusão, suspensão ou extinção do processo, sem necessidade de que estejam provadas a autoria e materialidade da infração.

Uma “pena” é aplicada ao infrator, sem que sejam observados seus direitos ao devido processo legal e ao contraditório, sob a justificativa de que se trata de “composição”, determinada pelo ajuste e concordância, pela aceitação de sua concessão por parte do adolescente – e de seus pais ou responsável –, além de que não prevalece para efeito de antecedentes e não pode incluir a aplicação das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação.

O Estatuto, que é mundialmente conhecido por ser um dos mais modernos do mundo, destacando como princípio basilar o da proteção integral, no entanto, permite tamanha disposição quanto aos direitos fundamentais do adolescente. Refere Alves Lima (1996, em Cury, M.; Amaral e Silva, A & Mendez, E.G.) que é preciso muita atenção à lógica protetiva do Estatuto, evitando-se que o exercício do poder corretivo descambe para um disfarçado abuso de autoridade.

Acrescente-se que a ressalva atenta contra o próprio princípio da tipicidade, previsto no art. 113, pois esse remete o exegeta aos Princípios Garantistas do Direito Penal Comum, dentre os quais o de que não há pena sem crime e sem processo no qual reste provada a autoria e materialidade, sob pena de arbitrariedade.

O processo é a garantia da sociedade contra a restrição de direitos substanciais de modo arbitrário e desarrazoado (Mirabete, 1998). A dispensa da prova da autoria e materialidade para a cumulação de medida socioeducativa com a remissão fere também o princípio da inocência, segundo o qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Como consequência, não deveria ser possível a aplicação de pena, no caso, de medida socioeducativa, sem o devido processo legal e sem que restem comprovadas a autoria e a materialidade do ato infracional. Até porque, importante ressaltar, embora não seja possível a aplicação de medida socioeducativa privativa de liberdade em sede de remissão, há possibilidade de uma medida menos grave ser revisada a qualquer tempo para aplicação de medida mais gravosa, podendo ser convertidas em internação em caso de descumprimento injustificado e reiterado, o que vai contra às garantias processuais, ao respeito à dignidade humana em estágio de desenvolvimento e da doutrina da proteção integral, adotados pelo ECA.

DA REMISSÃO

O Instituto da Remissão foi previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 126, 127 e 128, constituindo formas de exclusão do processo quando concedido pelo Promotor de Justiça, e de suspensão ou extinção do processo, quando concedido pelo Juiz.

A remissão faz-se admissível em dois momentos distintos: na fase pré-processual, concedida pelo Promotor de Justiça, antes do oferecimento da Representação, tendo como efeito a exclusão do processo de conhecimento; ou já na fase judicializada, com exclusão ou suspensão do processo, aplicada pelo Juiz de Direito da Infância e Juventude, quando já oferecida a representação.

O art. 126 estabeleceu, como critérios para a remissão, a análise das circunstâncias e conseqüências do fato, do contexto social, da personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Na seqüência, o art. 127 determina que a concessão da remissão não implica reconhecimento ou comprovação da responsabilidade do adolescente e, em conseqüência, não prevalece para efeito de antecedentes, admitindo, eventualmente, a aplicação de qualquer das medidas socioeducativas, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Não entraremos na discussão sobre a constitucionalidade da aplicação de medida socioeducativa pelo Ministério Público no âmbito de sua competência, uma vez que o advento do enunciado da Súmula 108 do STJ, estabeleceu a competência exclusiva do Juiz de Direito na aplicação de medida socioeducativa, pacificando a matéria.

O estatuto silenciou acerca dos critérios a serem adotados para a escolha da medida socioeducativa a ser aplicada e o prazo, o que vem causando, na prática, uma série de disparidades, pois se verifica que cada Promotor de Justiça opta por critérios diversos e subjetivos, o que pode configurar injustiças, na medida em que alguns infratores recebem medidas bem mais gravosas que outros para casos idênticos, além da violação de direitos fundamentais.

Alguns dirão que, mesmo em caso de uma sentença condenatória, no processo penal, cada Juiz dará uma resposta diversa para o mesmo caso. Ocorre que no Direito Penal, a lei estabelece os limites, máximo e mínimo, e o tipo de pena a serem fixados, bem como os critérios definidores do *quantum*, previstos no art. 59 do Código Penal. O julgador é obrigado a respeitar estes limites e os critérios, bem como a fundamentar adequadamente. Além disso, em caso de sentença condenatória, foi observado o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, o que não ocorre em sede de remissão e aplicação de medida socioeducativa.

No caso da transação penal, trazida pela Lei nº 9.099/95, poder-se-ia afirmar, em defesa da falta de critérios do ECA, que aquele instituto também permite a aplicação de pena – pecuniária ou de prestação de serviço à comunidade – a critério do Promotor de Justiça, com a única ressalva de que, em caso de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade (art. 76, § 1º, da Lei nº 9099/95).

Cabe lembrar que o instituto da transação se aplica apenas para os delitos entendidos de menor potencial ofensivo com pena máxima prevista de dois anos – art. 61 da Lei nº 9099/95, combinado com o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal³ –, enquanto a remissão não faz distinção de ato infracional, podendo ser aplicada a qualquer fato criminoso. Na transação penal pode ser aplicada pena de multa, o que não é possível em sede de remissão, pois esta não é prevista como medida socioeducativa. Também, a transação penal, diferentemente da remissão cumulada com medida, estabelece requisitos para a sua concessão, previstos no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95.

Ressalvadas as peculiaridades, a mesma crítica que se faz à transação penal cabe à remissão e à aplicação de medida socioeducativa como exclusão ou suspensão do processo, pois ambos os institutos desrespeitam o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a igualdade.

Segundo Lopes Jr:

Outra situação que nos parece inaceitável é a aplicação de uma pena sem que tenha antecedido na sua totalidade um processo penal válido, como ocorre, v.g., na transação penal prevista no art. 76 c/c 85 da Lei nº 9.099. Os referidos dispositivos permitem que a pena de multa, aplicada de forma imediata na audiência preliminar, seja convertida em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, quando não for paga pelo acusado. O resultado final é absurdo: uma pena privativa de liberdade (fruto da conversão), sem culpa e sem que sequer tenha existido o processo penal. É um exemplo de subversão de princípios básicos do processo penal. (2001:10)

Tal censura é válida e deve ser estendida ao âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, devido à remissão ter o mesmo sentido de negociação que a transação, além de impor “pena” na forma de advertência, reparação do dano, prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida, que, inclusive, também pode ser convertida em privativa de liberdade pelo descumprimento, conforme art. 122, III, do ECA.

³ Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001, art. 2º: “Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo. Parágrafo Único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”

Assinala Carvalho (2002, em Carvalho), referindo-se à inconveniência da prescindibilidade do sistema processual penal, que as críticas dirigidas à violação de direitos no “processo penal” centralizam-se em dois momentos específicos: atividade policial (inquérito policial) e atividade executiva (sistema penitenciário), ressaltando que estes são pautados pelo viés administrativo, e não jurisdicional. São momentos em que não há verdadeiro processo penal, mas procedimentos administrativizados (inquisitivos), em essência autoritários e violadores de direitos, pois inquisitivos – não há respeito dos princípios do contraditório e ampla defesa. O dirigente faz papel de acusador, advogado e julgador.

O direito de punir do Estado é limitado pelo direito penal e pelo processo penal. Quanto mais se utiliza a via administrativa para a resolução desses conflitos, menos controle formal para que garantias sejam minimamente respeitadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a via administrativa na fase pré-processual, no momento da ouvida do adolescente na Promotoria de Justiça e análise do procedimento e dos critérios subjetivos para a tomada de decisão quanto ao arquivamento, remissão cumulada ou não com aplicação de medida socioeducativa ou representação. A discricionariedade prejudicial resulta da disparidade dos critérios utilizados pelos Promotores de Justiça para concessão da remissão e aplicação de medida socioeducativa, em razão da omissão da lei e exclusão do processo. A lei e o processo, limitadores do direito de punir, neste caso, não cumprem seu papel, uma vez que a primeira não limita o poder discricionário do aplicador do Direito – seja pela não-imposição de critérios legais definidos, seja pela permissão de exclusão ou suspensão do processo para a imposição da sanção, que tem caráter penal.

Lopes Jr. (2001) destaca, em sua crítica ao sistema de Justiça Negociada, que a discricionariedade da ação penal e os acordos são resquícios históricos da ação penal privada e/ou popular, em que a acusação era disponível, violando o monopólio legal e jurisdicional da violência repressiva do Estado. A pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão à discricionariedade do Ministério Público. Esse poder conferido ao Promotor de Justiça termina com a igualdade entre as partes, vez que é ele quem impõe as condições e o preço do “negócio”, transformando a acusação em um instrumento de pressão sobre o acusado, que se vê na conveniência de aceitar uma culpa inexistente em troca de uma pena menor, ou correr o risco de submeter-se a um processo que será desde logo desigual.

A desigualdade, na fase administrativa do ECA, não se dá somente pela superioridade do Promotor de Justiça em relação ao adolescente hipossuficiente, mas também em relação à escolha de critérios diversos para a

concessão da remissão e aplicação de medida educativa em casos idênticos, o que acaba por violar também a dignidade da pessoa humana, princípio contido no art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Segue, ainda, Lopes Jr dizendo que tampouco os princípios da presunção de inocência e do ônus probatório da acusação sobrevivem nessas condições. “O processo penal passa a não ser mais o caminho necessário para a pena, e com isso o *status* de inocente pode ser perdido muito antes do juízo e da sentença e, principalmente, sem que para isso a acusação tenha que provar o alegado.” (2001, 26). Refere esse autor que o sistema negocial sequer colabora para aumentar a credibilidade da justiça, pois ninguém gosta de negociar sua inocência.

Evidente, pois, a necessidade de estabelecer limites para a subjetividade e discricionariedade dos aplicadores do Direito, e isso se faz, no mínimo, com o estabelecimento de critérios legais definidos para a concessão da remissão e aplicação de medida socioeducativa, ou com a obrigatoriedade do devido processo legal para imposição da última, devido ao reconhecimento de seu caráter penal.

A obrigatoriedade da assistência técnica por advogado durante a fase administrativa também deve ser buscada, como medida de efetivar os princípios constitucionais que também foram expressos no Estatuto, de modo que, se o Estado não tiver condições de proporcionar defensor público para assistir o infrator, o ato administrativo deve restar prejudicado em favor do próprio adolescente, devendo a medida socioeducativa ser aplicada somente com o devido processo legal. Embora reconheça-se a necessidade do devido processo legal para a aplicação de medida socioeducativa como a garantia da não-violação de direitos, o estabelecimento de critérios definidos e a obrigatoriedade da assistência por advogado permitiriam um controle da estrita observação desses critérios, a conveniência de aceitar-se ou não a remissão e a medida, bem como a possibilidade de atacar recursalmente a análise dos critérios considerados ou não para a concessão da remissão e aplicação da medida socioeducativa.

Foi visualizado que as medidas socioeducativas têm forte cunho repressivo, na medida em que são restritivas de direitos e privativas de liberdade, estas últimas não podendo ser aplicadas em sede de remissão.

Como então permitir que cada Promotor de Justiça utilize critérios subjetivos para a concessão da remissão e escolha da medida a ser aplicada e o prazo?

Mesmo os critérios definidos no art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente para a remissão são abertos, deixando grande margem de discricionariedade ao Promotor de Justiça.

Está-se diante de um Direito Penal Juvenil, embora muitos aplicadores do Direito insistam em que as medidas socioeducativas não têm caráter

penal, pensamento herdado do Código de Menores, baseado na irresponsabilidade do adolescente.

A implicação de uma medida socioeducativa aplicada é muito grave, pois pode ser revista a qualquer tempo (art. 128 do ECA), inclusive por uma mais gravosa, bem como, se não cumprida reiterada e injustificadamente, convertida em internação (art. 122, III, do ECA).

Apesar disso, as medidas socioeducativas tem sido aplicadas como uma panacéia para os problemas relativos aos adolescentes envolvidos em ato infracional, a critério do Promotor de Justiça, muitas vezes por períodos longos, desproporcionais até ao ato infracional, se comparado ao que se aplicaria em sede de transação penal para um imputável ou em sentença condenatória, como se não implicasse conseqüências negativas para o adolescente e como se houvesse apenas aspecto pedagógico na medida, sem levar em conta o caráter penal e a peculiar situação do adolescente como pessoa em desenvolvimento. É preciso estar atento a fim de não sejam dadas respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos, garantindo-se os mesmos direitos para os adolescentes.

Ensina Mirabete (In Cury, Amaral e Silva & Mendes, 1986, 385) que o objetivo da remissão é evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na Justiça de Menores, como, por exemplo, o estigma da sentença. Quer-se que esse mesmo zelo na proteção do adolescente seja observado quando da cumulação de medida socioeducativa, a fim de manter íntegro o princípio da proteção integral. Dificilmente esse objetivo será alcançado se perpetuado o subjetivismo que envolve a aplicação das medidas em sede de remissão. Para Lopes Jr., “não há dúvida de que sempre é melhor uma sentença justa, ainda que tardia, que o imediatismo da injustiça”(2001, 27). Nesse sentido, ressalta a importância do processo como garantidor da justiça.

Faz-se necessário buscar uma uniformização dos critérios: seja através de proposta legislativa; seja pela discussão entre os órgãos do Ministério Público, por meio de seus Conselhos de Promotores e Procuradores de Justiça, a fim de unificá-los, ou de, pelo menos, explicitá-los quando da concessão da remissão, através da fundamentação; seja, ainda, pelo respeito do devido processo legal; a fim de evitar-se essas disparidades tão prejudiciais aos Direitos da Infância e do Adolescente.

O nosso olhar sobre o Direito da Infância e da Adolescência precisa ser pelo viés garantista. Com isso, as prerrogativas fundamentais da pessoa humana serão estendidas às crianças e aos adolescentes indistintamente, especialmente no que tange às garantias processuais previstas no Sistema Penal para os adultos. O paternalismo deve ser renunciado, pois não se quer repetir os erros da tutela da situação irregular, adotando-se a responsabili-

dade juvenil, isenta de discricionarietà e subjetividade dos aplicadores do direito, respeitando-se os princípios processuais.

PESQUISA E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Para demonstrar a falta de critérios do ECA para a remissão e aplicação de medida socioeducativa foi realizada pesquisa, por meio de questionário, com perguntas abertas e fechadas, a 26 Promotores de Justiça da Infância e Juventude, titulares ou substitutos.

A primeira pergunta solicitou, dados os critérios: idade do infrator; gravidade do ato infracional; antecedentes; se o infrator estuda ou trabalha; empatia com o infrator; confissão do delito; conduta social; personalidade do infrator; motivos; conseqüências do ato infracional; comportamento da vítima; circunstâncias do fato; ou outros indicados pelo Promotor de Justiça, fossem enumerados, por ordem de importância, os critérios utilizados para a aplicação da remissão e escolha da medida socioeducativa e o prazo, devendo ser utilizado o nº 1 para o de maior consideração.

Como resposta obteve-se que o critério mais valorado pelos Promotores de justiça é a *gravidade do fato*, sendo que 22 Promotores de Justiça (84,6%) atribuíram-lhe o nº 1 e apenas 3 (15,4%) atribuíram o nº 1 à *confissão do delito*. O segundo critério mais valorado foram os *antecedentes*, onde 9 Promotores de Justiça (34,6%) atribuíram-lhe o nº 2. A *personalidade* (assinalada pelo símbolo (**)) no quadro nº 1) recebeu duas valorações diferentes: o nº 3, por 6 Promotores de Justiça (23%) e o nº 7, por 5 Promotores de Justiça (26,9%). A *conduta social* teve o nº 4 atribuído por 6 Promotores de Justiça (23%). As *conseqüências do fato* obtiveram nº 5 por 7 Promotores de Justiça (26,9%). O *estudo ou trabalho do infrator* (simbolizado por (*) no quadro nº 1) também recebeu duas valorações diferentes: o nº 6 por 5 Promotores de Justiça (19,3%) e o nº 10 por 4 Promotores de Justiça (15,3%). Os *motivos* receberam o nº 8 por 5 Promotores de Justiça (19,3%); a *idade do infrator* foi valorada com o nº 9 por 4 Promotores de Justiça (15,3%), e o *comportamento da vítima* (simbolizada por (***) no quadro nº 1), recebeu, ao mesmo tempo, o nº 10 por 4 Promotores de Justiça (15,3%) e o nº 11 por 10 Promotores de Justiça (38,4%). A *empatia* recebeu o nº 12 por 12 Promotores de Justiça (46,1%), e 6 (23%) não assinalaram a empatia dentre os critérios considerados. Houve 4 Promotores de Justiça que elencaram outros critérios: o sentimento do adolescente em relação ao fato (arrependimento ou não); a situação familiar, se conta com o apoio e amparo dos pais; a atitude dos pais, o que pensam sobre o que aconteceu e a atitude que tomaram; o pedido dos pais. Estes critérios não tiveram qualquer número atribuído pelos Promotores de Justiça.

Quadro nº 1: Valoração dos critérios

Crítérios	nº de Promotores de Justiça que optaram pelo critério	%	valoração atribuída ao critério
Gravidade	22	84,6	1
Antecedentes	9	34,6	2
Personalidade**	6	23	3
Conduta social	6	23	4
Conseqüências	7	26,9	5
Estudo/trabalho do infrator*	5	19,3	6
Personalidade**	5	19,3	7
Motivos	5	19,3	8
Idade do infrator	4	15,3	9
Comportamento da vítima***	4	15,3	10
Estudo/trabalho do infrator*	4	15,3	10
Comportamento da vítima***	10	38,4	11
Empatia	12	46,1	12
Outros	4	15,3	-

Verifica-se que, apesar de os Promotores de Justiça atribuírem o mesmo valor a determinados critérios, há muita variação quanto aos demais critérios, o que pode ocasionar diferentes soluções para os casos dos adolescentes em conflito com a lei, conforme se verifica nas respostas da questão 4 adiante.

Na *pergunta número 2* foi questionado acerca do costume de fundamentar expressamente as razões pelas quais concede ou não a remissão, bem como a medida socioeducativa a ser aplicada e o prazo, quando as submete a homologação do Juízo, onde 24 Promotores de Justiça, representando 92,3%, responderam SIM (que sempre fundamentam o pedido), e 2 Promotores de Justiça, representando 7,7%, responderam NÃO, conforme tabela nº 1.

Tabela nº 1: Número de Promotores de Justiça em relação à fundamentação ou não do pedido de remissão quando da homologação a juízo

Quanto à fundamentação	nº Promotores de Justiça	%
Fundamentam	24	92,3
Não fundamentam	2	7,7
total	26	100

Na *pergunta número 3* foi questionado acerca da concessão da remissão, mesmo quando o infrator não admite a prática do ato infracional, onde 11 Promotores de Justiça, representando 42,3%, responderam SIM (que concedem), e 15 Promotores de Justiça, representando 57,7%, responderam NÃO, com diferente fundamentação, conforme tabela nº 2.

Tabela nº 2: Número de Promotores de Justiça em relação à concessão ou não de remissão mesmo quando o adolescente não admite o fato

Quanto à concessão	nº Promotores de Justiça	%
Concedem	11	42,3
Não concedem	15	57,7
total	26	100

Na *pergunta número 4* foi questionado acerca de qual a solução dada pelo Promotor de Justiça para os quatro casos hipotéticos de atos infracionais que seguem, comprovada autoria e materialidade, considerando os seguintes critérios: adolescente, 16 anos, não tem antecedentes, admite o fato, estuda, comprometeu-se a não mais praticar o fato:

a) No caso de *direção de veículo automotor sem habilitação, sem gerar perigo de dano* (art. 32 da LCP), 8 Promotores de Justiça (30,8%) apontaram o arquivamento como solução; 7 (26,9%) aplicariam remissão sem medida; 6 (23%) aplicariam remissão com advertência, e 5 (19,3%) apontaram a remissão com PSC, conforme Tabela nº 3.

Dentre os 5 Promotores de Justiça que apontaram a remissão com PSC como solução, foram fixados diferentes prazos de cumprimento, sendo que 3 Promotores de Justiça estabeleceram 1 mês de PSC; 1 Promotor de Justiça fixou 2 meses de PSC, e 1 fixou de 2 a 3 meses de PSC, com diferentes justificativas para as soluções apresentadas.

Tabela nº 3: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4A

Solução	nº Promotores de Justiça	%
Arquivamento	8	30,8
Remissão sem medida	7	26,9
Remissão + advertência	6	23
Remissão + PSC	5	19,3
total	26	100

b) No caso de *porte ilegal de arma de fogo*, 1 Promotor de Justiça (3,9%) apontou a remissão sem medida socioeducativa como solução para o caso; 1 Promotor de Justiça (3,9%) optou pela remissão com advertência; 19 (72,9%) referiram a remissão com PSC, e 5 (19,3%) assinalaram a representação, conforme Tabela nº 4. No caso da PSC, novamente os prazos fixados foram diversos: 3 Promotores de Justiça estabeleceram o prazo de 1 mês de PSC; 1 estipulou prazo de 1 a 2 meses de PSC; 4 fixaram 2 meses de PSC; 6 Promotores de Justiça estabeleceram 3 meses de PSC; 2 fixaram o prazo de 4 meses; 1 optou pelo prazo de 4 a 6 meses; 1 aplicou 6 meses de PSC, e 1 não estipulou o prazo da PSC na pesquisa. As justificativas também foram bastante variadas para a opção apontada.

Tabela nº 4: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4B

Solução	nº Promotores de Justiça	%
Remissão sem medida	1	3,9
Remissão + advertência	1	3,9
Remissão + PSC	19	72,9
Representação	5	19,3
total	26	100

Nas respostas verificou-se, ainda, que muitos Promotores de Justiça apresentaram a mesma justificativa ou consideraram os mesmos critérios (gravidade do fato, ausência de antecedentes, possibilidade da prática de crimes mais graves, etc.), entretanto isso não impediu que estabelecessem solução diversa para o mesmo caso. Também observou-se que há variação quanto ao número de horas semanais a serem cumpridas, pois enquanto 6 Promotores de Justiça estabeleceram 4 horas semanais, 1 Promotor de Justiça estabeleceu 8 horas semanais.

c) No caso de *furto simples*, de bem com valor inferior a 30% do salário mínimo, 4 Promotores de Justiça (15,3%) estabeleceram a remissão sem medida socioeducativa como solução para o caso; 4 Promotores de Justiça (15,3%) optaram pela remissão com advertência; 1 (3,9%) estabeleceu a remissão com reparação do dano ou PSC; 16 (61,6%) fixaram a remissão com PSC e 1 (3,9%) ressaltou que dependerá do modo de aferir do adolescente, não exclusivamente do valor do bem, exemplificando que no caso de furto de chocolate em supermercado, concede remissão simples; para furto em loja com intuito de revenda ou sem qualquer necessidade, estabelece remissão com advertência; no caso de reiteração ou de arrombamento, ou outros fatos que demonstrem mais audácia ao agir, opta pela remissão com PSC, segundo Tabela nº 5.

Dentre os 16 Promotores que estabeleceram remissão com PSC, verificou-se que os prazos não foram unânimes, onde 2 Promotores de Justiça estipularam 1 mês de PSC; 1 Promotor de Justiça fixou de 1 a 2 meses de PSC; 8 Promotores de Justiça fixaram 2 meses; 2 estabeleceram prazo para a PSC de 2 a 3 meses; 2 Promotores de Justiça fixaram 3 meses de PSC, e 1 estipulou de 3 a 4 meses de PSC. Constatou-se, também, que muitos Promotores de Justiça apresentaram a mesma justificativa, entretanto isso não impediu que estabelecessem solução diversa para o mesmo caso. Ainda, observou-se que houve variação quanto ao número de horas semanais a serem cumpridas, pois enquanto 3 Promotores de Justiça estabeleceram 4 horas semanais, 1 Promotor de Justiça estabeleceu 6 horas semanais e 1 Promotor de Justiça estabeleceu 8 horas semanais.

Tabela nº 5: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4C

Solução	nº Promotores de Justiça	%
Remissão sem medida	4	15,3
Remissão + advertência	4	15,3
Remissão + reparação do dano ou PSC	1	3,9
Remissão + PSC	16	61,6
Remissão simples ou cumulada com advertência/PSC dependendo do modo de aferir do adolescente	1	3,9
total	26	100

d) No caso de *porte de drogas para uso próprio*, pouca quantidade, 1 Promotor de Justiça (3,9%) estabeleceu remissão sem medida socioeducativa; 7 (26,9%) estipularam a remissão com medida de proteção de tratamento ou frequência em grupo de auto-ajuda; 3 (11,4%) optaram pela remissão cumulada com advertência; 2 (7,7%) fixaram a remissão cumulada com advertência e tratamento; 7 (26,9%) concederam remissão cumulada com PSC; 5 (19,3%) estabeleceram a remissão cumulada com tratamento ou frequência a grupo de auto-ajuda, e 1 Promotor de Justiça (3,9%) optou pela liberdade assistida, o que é demonstrado pela tabela 6.

Tabela nº 6: Solução dada pelos Promotores de Justiça para a pergunta 4D

Solução	nº Promotores de Justiça	%
Remissão sem medida	1	3,9
Remissão + medida de proteção de tratamento ou frequência a grupo de auto-ajuda	7	26,9
Remissão + advertência	3	11,4
Remissão + advertência e tratamento	2	7,7
Remissão + PSC	7	26,9
Remissão + PSC e tratamento ou frequência a grupo de auto-ajuda	5	19,3
Liberdade Assistida	1	3,9
total	26	100

Dentre os 12 Promotores que estabeleceram remissão com PSC, com ou sem tratamento e frequência a grupo de auto-ajuda, verificou-se que os prazos não foram os mesmos: 2 Promotores de Justiça não referiram o prazo de tratamento ou frequência na pesquisa; 2 Promotores de Justiça estipularam 1 mês; 1 Promotor de Justiça fixou de 1 a 2 meses de PSC; 1 Promotor de Justiça fixou 1 mês e meio de PSC; 5 estabeleceram prazo para a PSC de 2 meses; 1 Promotor de Justiça fixou de 2 a 3 meses de PSC.

A análise da questão 1 mostra que, apesar de os Promotores de Justiça atribuírem o mesmo valor a determinados critérios, há muita variação quanto aos demais critérios, o que pode ocasionar diferentes soluções para os casos dos adolescentes em conflito com a lei, conforme se verifica nas respostas da questão 4. O quadro nº 3 permite demonstrar os diferentes critérios e sua valoração considerados para a concessão da remissão e escolha de medida socioeducativa e do prazo pelos Promotores de Justiça participantes.

Pode-se perceber que, por exemplo, enquanto 9 Promotores de Justiça consideraram os antecedentes como o 2º critério mais importante, 17 Promotores de Justiça consideraram outros critérios suscetíveis de receber a valoração nº 2. Assim como os mesmos 9 Promotores de Justiça, que coincidiram na escolha do critério de valor 2, optaram por diferentes critérios para atribuir o valor 3.

Isso ocorre porque o art. 126 do ECA, o qual refere – “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 conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.” – é aberto, ou seja, dá margem a interpretação e subjetivismo do aplicador do Direito.

Muitos dos elementos relacionados na questão nº 1, adotados pelos Promotores de Justiça, sequer são mencionados pelo artigo 126. Observa-se que há total subjetividade dos Promotores de Justiça na escolha e valoração dos critérios para a concessão da remissão e para a fixação de medida socioeducativa e o prazo. Cada um opta por seus próprios critérios, da forma que entende relevante, o que explica a diversidade de soluções das respostas para a questão 4.

O art. 127 do Estatuto, ao estabelecer que a concessão da remissão, cumulada ou não com medida socioeducativa, não implica reconhecimento ou comprovação da responsabilidade do adolescente e, em conseqüência, não prevalece para efeito de antecedentes, também contribui para essa falta de rigorismo para com a análise e valoração dos critérios, pois dá a entender que não implica conseqüências negativas para o adolescente, quando vimos que as medidas socioeducativas não têm apenas caráter pedagógico, mas penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando os artigos 227 e 228 da Carta Magna, ao tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais, criou regime jurídico em que o adolescente foi elevado à dignidade de responder pelos seus atos. A responsabilidade penal juvenil encontra bases doutrinárias na Constituição Federal e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude, incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que no artigo 103 conceituou o ato infracional como *a conduta descrita como crime ou contravenção penal*, remetendo o intérprete aos princípios garantistas do Direito Penal Comum, tendo como normas específicas as do Estatuto.

A partir, então, desse entendimento, observa-se, na análise das respostas das 4 soluções para os casos da questão 4, a importância de se estabelecer critérios legais definidos no ECA, pois da opção subjetiva dos Promotores de Justiça, resultaram soluções muito diversas para o mesmo caso, onde muitos adotaram medidas bem mais gravosas que outros para casos idênticos. No item 4A, de direção sem habilitação (art. 32 da LCP), por exemplo, verifica-se que, inobstante o posicionamento jurisprudencial de que o fato é atípico, inclusive com manifestação do STF a respeito, apenas 8 Promotores de Justiça apontaram o arquivamento como solução para o caso, enquanto os demais aplicaram remissão: 7 remissões simples; 6 remissões com advertência e 5 Remissões com PSC, variando o prazo de 1 a 3 meses.

Percebe-se a contrariedade ao princípio da tipicidade previsto no art. 103 do ECA, pois concerta-se a remissão com medida socioeducativa, mes-

mo quando o fato é atípico, retrocedendo-se ao período anterior ao Estatuto, em que se agia discricionariamente e até arbitrariamente para conter os *desvios de conduta*. Não é essa a finalidade da medida socioeducativa, a qual tem caráter educativo e retributivo, aplicável apenas ao autor de ato infracional, assim entendida a conduta descrita na lei penal como crime. Se fosse respeitado o devido processo legal, haveria a possibilidade de um controle maior desses atos, aplicando-se a medida socioeducativa somente em caso de fato típico, provadas autoria e materialidade, imposta por sentença transitada em julgado.

Nos demais itens, 4B, 4C e 4D, também constatou-se grande variedade de soluções, observadas nas tabelas deste capítulo. Mesmo aqueles Promotores de Justiça que optaram pela remissão cumulada com medida socioeducativa de PSC, fixaram prazos muito diversos. Também houve variação no número de horas de cumprimento.

Chama-se atenção para o enunciado da questão 4, que informou elementos determinados a serem considerados pelos Promotores de Justiça. Ou seja, foram dados quatro casos hipotéticos idênticos, como se fossem distribuídos os mesmos quatro expedientes de ato infracional para serem resolvidos pelos 26 Promotores de Justiça.

Entretanto, isso não impediu que fossem apresentadas respostas muito diversas, em razão de que o ECA não estabelece os atos infracionais passíveis de remissão, as medidas cabíveis para cada um deles, tampouco o prazo de cumprimento, diferentemente do Direito Penal.

Está-se novamente frente ao subjetivismo e discricionariedade tão condenados por Mendez (2000), num retrocesso à doutrina da *situação irregular*, onde o Juiz possuía poderes absolutos e ultrapassava as fronteiras do jurídico, a fim de resolver o problema dos *menores*, sem respeitar as garantias individuais e aplicando medida socioeducativa, praticado ato infracional ou não.

Cada Promotor de Justiça, julgando estar fazendo o melhor para que o adolescente seja ressocializado e não volte a delinquir, aplica a solução que lhe aprouver em sede de remissão, na maioria das vezes cumulada com medida socioeducativa, conforme observado nas tabelas 3, 4, 5 e 6, alguns com períodos de cumprimentos longos, sem respeitar o devido processo legal, fazendo com que recebam um tratamento muito mais rigoroso daquele estabelecido para o adulto e sem qualquer critério legal.

O adolescente é tratado como objeto do processo, vez que, como referido por Lopes Jr. (2001), é-lhe imposta a remissão, na maioria cumulada com medida socioeducativa, da qual não tem o direito de negociar as condições ou o prazo, onde ele e seu responsável se acham na conveniência de concordar, sob o prenúncio de sofrer um processo e receber medida mais

gravosa na sentença. O ato é administrativo, portanto, como já exposto no capítulo 4, padece dos mesmos problemas encontrados no inquérito policial e execução penal, em que impera a inquisitorialidade e o excesso de poder do aplicador do Direito. Os princípios do Direito Penal e do Processo Penal que funcionam, no caso do adulto, como um limitador do direito de punir do Estado, no Direito da Infância e Juventude são relevados, a fim de resolver o problema do adolescente em conflito com a lei mais rapidamente, para que não sofra o estigma do processo.

Entretanto, considerando o resultado da pesquisa, mais vale o peso de um processo justo do que a imposição de uma solução rápida e arbitrária.

As garantias processuais também são desrespeitadas, vez que não há o devido processo legal e, como consequência, não há também contraditório e ampla defesa. Os adolescentes sequer são assistidos por advogado na Promotoria de Justiça, ressalvadas algumas exceções. A igualdade entre as partes é quebrada em razão do absoluto poder do Ministério Público em impor ao adolescente a solução que entender em sede de remissão, conforme demonstrado no resultado da questão 4.

A dignidade da pessoa humana é relegada, e o princípio da igualdade, desprezado, vez que há tratamento desigual para casos idênticos, pois depende única e exclusivamente do entendimento do Promotor de Justiça. Nesse sentido também é que se diz que o adolescente volta a ser tratado como objeto.

Os princípios da presunção de inocência e do ônus probatório são violados na medida em que, como referiu Lopes Jr: “O processo penal passa a não ser mais o caminho necessário para a pena, e com isso o *status* de inocente pode ser perdido muito antes do juízo e da sentença e, principalmente, sem que para isso a acusação tenha que provar o alegado” (2001, 26).

O que traz um certo alento é o resultado da questão nº 2, que demonstrou 24 (92,3%) dos Promotores de Justiça contra 2 (7,7%) responderam que fundamentam o pedido de homologação da remissão e medida socioeducativa quando as submetem a Juízo, o que permite o controle dos atos e dos critérios adotados. Para que isso se efetive, todavia, faz-se necessário garantir a assistência técnica por advogado, mesmo na fase administrativa.

Pode-se inferir, pelo decorrer de todo o exposto, que o respeito ao devido processo legal para a aplicação da medida socioeducativa é o que vai garantir a observância de todos os demais direitos constitucionais do adolescente, inclusive da proteção integral.

O estabelecimento de critérios legais definidos para a concessão da remissão e aplicação de medida socioeducativa, determinando quais atos infracionais são passíveis de quais medidas e o *quantum*, permite que se possa restringir a discricionariedade e subjetivismo dos aplicadores do Di-

reito, bem como exercer o controle sobre esses atos e da estrita observação dos critérios legais previstos, o que já limita a violação de algumas das garantias constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo revelou enorme disparidade nas respostas para casos hipotéticos idênticos, ou seja, mostrou que não há consenso nos critérios utilizados para a concessão da remissão e escolha da medida socioeducativa a ser aplicada e seu *quantum*, estando no âmbito da subjetividade e discricionariedade dos Promotores de Justiça da Infância e da Juventude titulares ou substitutos.

Através da revisão teórica, foi possível compreender que a medida socioeducativa tem caráter penal. Portanto, reclama o respeito ao devido processo legal para sua aplicação, em conformidade com o Direito Penal aplicado aos adultos, sob pena de o ECA ser mais gravoso que aquele, o que é um contra-senso, além de ferir a sistematização interna do Estatuto, baseada na doutrina da proteção integral, e outros princípios constitucionais.

A pesquisa mostrou a necessidade de estabelecer limites ao subjetivismo e a discricionariedade, herança da doutrina da situação irregular do antigo Código de Menores: seja adotando entendimento pela obrigatoriedade do respeito ao devido processo legal para aplicação de medida socioeducativa, eliminando a possibilidade de cumulá-la na remissão, como forma de exclusão ou suspensão do processo; seja, pelo menos, pela inclusão no ECA, através de reforma legislativa, de critérios definidos a serem observados, em sendo mantida a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa em sede de remissão.

É importante destacar, também, a fragilidade do sistema do ECA, revelada no estudo, no que tange à suscetibilidade de violação de direitos em relação à Infância e Juventude e da doutrina da proteção integral.

O grande problema da aceleração do mundo moderno é que o homem não tem mais tempo para pensar no que está fazendo. A velocidade possibilitou a acumulação do saber, mas produz um pensamento programático e combinatório que “pode resolver melhor e mais depressa os problemas que aparecem, mas a preocupação de ir buscar aquilo que é preciso procurar continua a ser o problema e o privilégio dos homens” (Guillaume, In Morin e outros, 1996: 116).

Daí por que ser necessário exercitarmos a lentidão do nosso pensamento, no sentido de refletirmos acerca da forma pela qual estamos tratando a adolescência em conflito com a lei e quais os resultados dessa velocidade em resolver os problemas a ela afetos.

Invocamos a citação de Mendez para suscitar essa reflexão, a qual, se espera, possa despertar o desejo, naqueles preocupados com o tema, de aprofundar esse estudo:

[...] as piores atrocidades contra a infância se cometeram (e se cometem ainda hoje) muito mais em nome do amor e da compaixão, que em nome da própria repressão. Tratava-se (e ainda se trata) de substituir a má, porém também “boa” vontade, nada mais – porém nada menos –, pela justiça. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso, nada contra o amor quando o mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Pelo contrário, tudo contra o “amor” quando se apresenta como um substituto cínico ou ingênuo da justiça. (2000: 13)

BIBLIOGRAFIA

- ALVES LIMA, M. M. “Comentário ao art. 115 do ECA”. Em Cury, M.; Amaral e Silva, A.; Mendez, E. G. (Coord). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 346/352.
- AMARAL, A. F. A Responsabilidade Penal Juvenil como Categoria Jurídica. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, 5. 1998, p. 263.
- BRUCKNER, P. “Filhos e Vítimas: O Tempo da Inocência”. Em Morin, E, Prigogine, I e outros. *A Sociedade em Busca de Valores*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 57/ 61.
- CARVALHO, S. de. “Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo”. Em Carvalho, S de. (org.) *Crítica e Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón, Teoria del Garantismo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- GUILLAUME, M. “A Competição das Velocidades”. Em Morin, E, Prigogine, I. e outros. *A Sociedade em Busca de Valores*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- LOPES JR., A. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- MENDEZ, E. G. *Criminologia, Direito Penal e Prevenção Comunitária*. Palestra proferida. Programa de Pós-Graduação em Direito da Criança e do Adolescente. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 2001.
- . *Por uma Reflexão sobre o arbítrio e o Garantismo na Jurisdição socioeducativa*. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.
- MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1998.
- . Remissão. Em Cury, M.; Amaral e Silva, A; Mendez, E.G. (Coord). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- RIZZINI, I. *A criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro: UNICEF-CESPI/USU., 2000.
- SARAIVA, J. B. C. *Adolescente e Ato Infracional, Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- . *Adolescente em Conflito com a Lei*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- THUMS, J. *Acesso à Realidade, Técnicas de pesquisa e Construção do Conhecimento*. 2ªed. Porto Alegre: Editora Sulina e Editora da Ulbra, 2000.
- VERONESE, J. R. P.; Rodrigues, W. M. “A Figura da Criança e do Adolescente no Contexto Social”. Em Veronese, J. R. P.; Rodrigues, W. M.; Mioto, R. C. T. (Autores e Organizadoras). *Infância e Adolescência, O Conflito com a Lei: algumas discussões*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.