

INFÂNCIA E JUVENTUDE

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A ASSISTÊNCIA À ACUSAÇÃO

Maria Cristina Monteiro Sanson

Promotora de Justiça

INTRODUÇÃO

O instituto da assistência à acusação, ainda que em sede de direito processual penal, é um tema polêmico e enseja posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes.

Para a corrente liderada por Frederico Marques, a atuação do assistente está limitada à condição de auxiliar de acusação, não havendo pretensão de defesa de um direito próprio. Outros entendem que o assistente à acusação intervém como fiscal do Ministério Público, evitando o arbítrio de seus agentes. A posição predominante é a de Tourinho Filho, que sustenta que a função do assistente é defender o interesse da vítima, objetivando a reparação do dano *ex delicto*. Tal interesse restringe-se à comprovação da culpabilidade do réu, desde que do fato advenha a possibilidade de indenização. A assistência, assim, só se justifica em decorrência de que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de reparar o dano. Oscilando entre essas posições, a jurisprudência tem-se manifestado, também, no sentido de inexistir qualquer restrição relativa ao interesse do assistente, justificando-se sua intervenção na medida em que colabora para a averiguação da verdade substancial, visando à obtenção de uma sentença justa (RT 681/406).

A matéria, já tão controversa, torna-se ainda mais complexa quando ligada à área da infância e da juventude, onde a jurisprudência e a doutrina ainda são escassas. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser um diploma de natureza híbrida, provoca vários questionamentos, em especial quanto à aplicação subsidiária de outras

normas processuais, no que concerne ao momento em que são aplicáveis, bem como em quais situações e procedimentos. Em que medida o Estatuto incorpora ou afasta o sistema processual existente? Neste campo de indagações situa-se o tema que pretendemos abordar.

DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS PROCESSUAIS PENAIS

A primeira questão a ser enfrentada não apresenta maiores dificuldades e refere-se à aplicabilidade de normas processuais penais a procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude. O artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao determinar a aplicação subsidiária das “normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Tratando-se de procedimento para apuração de ato infracional, o qual, ontologicamente, corresponde aos conceitos de crime e contravenção, será pertinente, sem dúvida, a legislação processual penal. Aliás, o Estatuto, de forma expressa, reeditou vários conceitos e institutos do processo penal. Determina, por exemplo, no parágrafo 1º do artigo 147, sejam observadas as regras de conexão, continência e prevenção. Por certo, para a caracterização das situações de flagrante, a norma aplicável será o artigo 302 do Código de Processo Penal.

Parece-nos inegável que o procedimento delineado nos artigos 171 a 190 guarda estreita semelhança com a *persecutio criminis*, tanto na fase investigatória quanto na judicial. Sem qualquer hesitação, podemos concluir que as normas de processo penal são subsidiariamente aplicáveis à verificação da prática de ato infracional, à exceção da fase recursal, em que o Estatuto adotou expressamente o Código de Processo Civil, com algumas alterações (art. 198).

LIMITE DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS: COMPATIBILIDADE

Com base no raciocínio anteriormente exposto, é natural que se conclua pela admissibilidade da assistência à acusação em procedimento relativo a ato infracional. Tal conclusão, no entanto, afigura-se precipitada, eis que a aplicação subsidiária de normas deve ser limitada, de forma que não contrarie a natureza, os fins e os princípios da lei que se pretende suprir ou complementar. Assim é que, de imediato, surgem outras indagações. A norma contida no artigo 152 obriga o intérprete à aplicação irrestrita das normas gerais processuais penais ou civis, em havendo omissão no Estatuto?

É possível que um diploma legal deixe de dispor sobre determinado ponto sem que haja omissão, ou seja, a ausência de disposição expressa pode indicar a impertinência da matéria não regulada?

A primeira questão, de certa forma, já foi respondida. É evidente que uma norma só poderá ser aplicada subsidiariamente quando for compatível com as demais disposições que regulam a espécie. A possibilidade de aplicação subsidiária de normas contidas em outras leis não implica a total absorção de um texto legal por outro. Cabe ao intérprete selecionar as normas aplicáveis, observando a lógica interna, a substância do texto legal que pretende integrar. No caso em exame, não há omissão, eis que existente a norma do artigo 152.

Por outro lado, entendemos que o legislador poderia ter regulado a figura da assistência nos procedimentos de ato infracional, se a entendesse admissível, da mesma forma como dispôs, por exemplo, sobre oferecimento de defesa prévia, no prazo de três dias, ou sobre os casos em que não haverá aplicação de qualquer medida sócio-educativa, norma praticamente idêntica à contida no artigo 386 do Código de Processo Penal. Como vemos, o legislador fez questão de regular determinados aspectos do procedimento, mesmo que para tanto tenha sido quase repetitivo.

Poder-se-ia argumentar ser imperativa a aplicação de normas processuais penais que regulam o instituto da assistência, em face do disposto no artigo 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual, nos procedimentos de que trata, é possível a intervenção, através de advogado, da criança ou do adolescente, de seus pais ou responsável, bem como de qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide. Entendemos, no entanto, que o dispositivo, tal como foi redigido, não se direciona aos procedimentos relativos a ato infracional. Para tais procedimentos, há o artigo 207 e seus parágrafos, que asseguram ao adolescente infrator, parte obrigatória, defesa através de advogado, nomeado ou constituído.

O artigo 206 garante a representação das pessoas que elenca como meros intervenientes. Em se tratando de apuração de ato infracional, adotadas subsidiariamente as normas processuais penais, crianças e adolescentes só poderiam intervir como assistentes na condição de vítimas. Ora, se o dispositivo em questão pretendesse abranger essa espécie de procedimento, o legislador, certamente, teria utilizado expressões tais como "vítima" ou "ofendido", que não particularizam condições pessoais, como infância e adolescência. Por outro lado, ao

assegurar a intervenção de qualquer pessoa juridicamente interessada, o dispositivo, então, estaria distanciado das normas processuais penais, que limitam a forma de intervenção, bem como os legitimados.

Na verdade, o artigo 206 admite a intervenção de terceiros, nos moldes do processo civil, e refere-se a procedimentos em que tal ramo do Direito é aplicável, como, por exemplo, colocação em família substituta. A princípio, parece que o legislador utilizou-se de expressões inúteis, já que fez questão de admitir expressamente a intervenção da criança e do adolescente, destacando-os do conjunto de pessoas com legítimo interesse. No entanto, se pensarmos nos procedimentos aos quais o dispositivo realmente se aplica, o que parece redundante é consequência do reconhecimento legal da “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. Embora nem sempre crianças e adolescentes sejam partes obrigatórias nesses procedimentos, serão atingidos pelos efeitos da decisão, e as causas, invariavelmente, deverão ser deslindadas com base nos seus interesses, o que legitima a intervenção. Visa o artigo 206 reforçar o disposto no artigo 141 do mesmo Estatuto, ou seja, assegurar a crianças e adolescentes o acesso à justiça, a defesa de seus direitos, finalidade precípua da lei estatutária.

Parece-nos que os artigos 206 e 207 reafirmam o artigo 133 da Constituição Federal, relativo à indispensabilidade do advogado perante a administração da justiça, e complementam o artigo 227 da Lei Maior, visando, substancialmente, à tutela de direitos de crianças e adolescentes e de pessoas interessadas na defesa destes direitos, jamais à tutela de interesses contrários.

A figura do assistente à acusação, em que pese a semelhança existente entre o procedimento para apuração de ato infracional e a *persecutio criminis*, é incompatível com a natureza e finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, como pretendemos demonstrar no presente trabalho.

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ALGUMAS SEMELHANÇAS, DIFERENÇAS E QUESTÕES CONTROVERTIDAS – NATUREZA DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS; PRESCRIÇÃO; DECADÊNCIA; PEREMPÇÃO; INICIATIVA DO OFENDIDO

Como decorrência do disposto no artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que garante aos adolescentes “pleno e

formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado”, o Estatuto adotou, em relação ao procedimento para apuração de ato infracional, o sistema acusatório, à semelhança do processo penal. A adoção de tal sistema visa assegurar, em procedimento contraditório, a possibilidade de ampla defesa, garantia fundamental (art. 5º, LV, da CF). Como consequência, permite a lei tutelar a aplicação subsidiária de normas processuais penais, sem que isto signifique identidade de natureza dos textos legais em questão.

É importante que se saliente que, enquanto o processo penal instrumentaliza a busca da pretensão punitiva do Estado, o Estatuto da Criança e do Adolescente, evidentemente, não pretende a punição do infrator, penalmente inimputável, mas, sim, a aplicação de medidas de proteção ou sócio-educativas.

Quando atentamos para o fato de que o Estatuto objetiva a proteção integral de crianças e adolescentes, considerando-os como pessoas em desenvolvimento, podemos compreender que, não obstante a adoção de um sistema acusatório formal, da prática de uma infração não resulta lide de caráter penal.

Reconhecendo que crianças e adolescentes são seres em formação, os quais ainda não atingiram plena capacidade de discernimento e agem, na maioria das vezes, de forma impulsiva, sendo facilmente influenciáveis, o legislador, com base em critério biológico puro, excluiu-os do alcance da pretensão punitiva do Estado, declarando-lhes a inimputabilidade. Logo, a resposta jurídica à prática de um ato infracional não pode ter caráter de sanção. O Estado intervém, sim, aplicando ao adolescente infrator medidas eminentemente protetivas e pedagógicas, sem conotação punitiva.

Exatamente porque os objetivos da lei tutelar e da legislação penal são distintos, há significativas diferenças.

Enquanto, no direto penal, a pena é previamente determinada pela espécie de delito praticado, na esfera infanto-juvenil, o juiz pode optar por uma dentre as várias medidas previstas ou até mesmo aplicá-las cumulativamente, porque o que interessa não é o ato infracional em si, mas, sim, a pessoa do autor e sua reeducação (arts. 113, 99 e 100).

Em decorrência de fatos idênticos, adolescentes podem receber medidas diversas, porque o que se afigura suficiente para um pode não ser para outro. Por tal razão, os procedimentos afetos à Justiça da

Infância e da Juventude, antes da investigação do fato, cuidam da análise da personalidade do infrator, do exame de suas necessidades e dos motivos que o levaram à prática do ato, de modo que, respeitada sua etapa desenvolvimental, possa haver a aplicação de medida adequada, visando à ressocialização.

Convém lembrar que as medidas de proteção (art. 101) também são medidas sócio-educativas e podem ser as únicas a serem aplicadas, o que, mais uma vez, demonstra a preocupação do Estatuto com o adolescente, afastada qualquer pretensão punitiva. Ainda, caso conveniente, pode o processo ser extinto ou suspenso, sem que haja a imposição de qualquer medida, o que não significa o reconhecimento de que o ato infracional inexistiu ou de que o adolescente não tenha sido seu autor (remissão: arts. 126, par. ún. e 127).

Outra distinção que merece ser mencionada é a relativa à extinção da punibilidade pela prescrição, decadência ou preempção. Na definição de Damásio E. de Jesus, os dois primeiros institutos significam, respectivamente, a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado e do direito de ação do ofendido pelo decurso do prazo sem seu exercício, enquanto a preempção é a perda do direito de demandar o querelado pelo mesmo crime em face da inércia do querelante (notas aos artigos 103 e 109 do Código Penal anotado e 60 do Código de Processo Penal anotado).

A prescrição regula-se pela pena privativa de liberdade, pelo máximo cominado em abstrato ou pelo quantum aplicado. Como já exposto, em se tratando de adolescentes, o Estado não tem pretensão punitiva. O Estatuto não prevê penas. As medidas sócio-educativas, em sua maioria, não restringem a liberdade e não são substitutivas daquelas que têm esta característica, não trazendo qualquer elemento temporal ou fixando, ora duração mínima, ora máxima. Por exemplo, a medida de liberdade assistida deve ser aplicada por um prazo mínimo de seis meses. Este período de tempo encontra fundamento na própria natureza da medida, pois um acompanhamento por prazo inferior seria de pouca ou nenhuma valia. Contudo, a medida pode ser revogada, prorrogada ou substituída, o que evidencia seu caráter sócio-educativo, o interesse na real ressocialização do adolescente. Esta elasticidade, no direito penal, seria inaceitável.

Se a prescrição da pretensão punitiva ou executória fosse aplicável, de que forma seria regulada? As únicas medidas que trazem prazo máximo para sua duração são a prestação de serviços à comunidade, a

semiliberdade e a internação, sendo que apenas a primeira comporta fixação de prazo na sentença. No caso de semiliberdade e internação, podemos falar de duração de medida aplicada em concreto para análise de possível prescrição? É óbvio que não, ou melhor, quando pudermos afirmar o tempo de efetivo cumprimento, já não fará mais sentido falar-se em prescrição, porque a medida estará cumprida.

Os adeptos da adoção do instituto da prescrição em relação a ato infracional entendem que devem ser aplicados os prazos previstos no Código Penal, sob pena de sofrer o adolescente tratamento mais rigoroso que o imputável, pois os atos infracionais seriam imprescritíveis. Todavia, o Estatuto é regramento próprio, que não prevê a aplicação subsidiária de normas de direito material, onde se insere a prescrição.

Pelas mesmas razões, são inaplicáveis, também, a decadência e a perempção. Além de serem causas extintivas da punibilidade, são o Código Penal e leis esparsas, que trazem institutos de direito material, como é o caso da Lei nº 9.099/95, que condicionam a pretensão punitiva do Estado, com relação a certos delitos, à manifestação da vítima, através de representação ou queixa, no prazo que estipulam.

O Estatuto é expresso ao considerar ato infracional qualquer conduta descrita como crime ou contravenção penal. A definição, no entanto, limita-se à descrição do fato típico, não alcançando as condicionantes. Assim, para que o procedimento de apuração de ato infracional tenha início, o Estado não depende da vontade do ofendido. De ação privada, não se fala, eis que vigora, integralmente, o princípio da oficialidade. A titularidade da ação é exclusiva do Ministério Público. Logo, não há decadência e muito menos perempção, pois a vítima não pode ser autora (art. 148, I). Se o que se busca é uma medida que, por seu caráter pedagógico, leve à recuperação do adolescente, como aceitar que tal pretensão fique a cargo do ofendido? O que é mais importante, a reeducação do adolescente ou a vontade da vítima?

Estas conclusões não levam necessariamente à idéia de que um adolescente deva ser alvo de medida sócio-educativa quando um imputável, na mesma situação, pelo decurso do tempo, estaria fora do alcance da pretensão punitiva. O afastamento da aplicação de certas causas extintivas da punibilidade não gera empecilho legal para que se entenda inconveniente a imposição de medida sócio-educativa em determinadas situações, como o decurso do tempo.

Quando compreendemos o espírito do Estatuto, encontramos fundamentos diversos para a exclusão ou extinção de eventual processo. O Estatuto, eminentemente protetivo, prioriza também o atendimento ao adolescente infrator. Seu texto está recheado de expressões que enfatizam a celeridade com que as providências devem ser tomadas, tais como, “de pronto”, “desde logo”, “imediatamente”, além de reduzir prazos procedimentais. As medidas aplicáveis são providências que, como o próprio nome está a indicar, têm cunho educativo, pedagógico. Destinadas a pessoas em desenvolvimento, para quem a passagem do tempo se faz sentir de forma diversa, as medidas, à semelhança da reprimenda familiar, devem ser aplicadas de imediato ou, pelo menos, pouco após a prática do fato, sob pena de perderem o sentido ou a própria finalidade. Esta é uma das razões que determinam que aos feitos afetos à Justiça da Infância e da Juventude seja dada a devida prioridade e, conseqüentemente, celeridade, princípio próprio do Estatuto. Assim, ao exame do caso concreto, decorrido lapso de tempo considerável, sem necessidade de apelo a outros diplomas legais, poder-se-á concluir que a eventual aplicação de medida ao adolescente será inócua ou inoportuna, razão suficiente para o arquivamento ou concessão de remissão pura e simples.

Dando continuidade à tarefa de traçar, ainda que brevemente, um paralelo entre os diplomas de natureza penal e o procedimento para apuração de ato infracional, prosseguimos, observando que, no processo penal, salienta-se, sobremaneira, o princípio da verdade real. O fato deve ser profundamente investigado e a autoria deve resultar certa. Não se admite que a dúvida ou simples indícios embasem a aplicação de uma sanção. No procedimento previsto no Estatuto, tal princípio não tem a mesma relevância, embora, como regra geral, também sejam exigidos o esclarecimento do fato e da autoria para a imposição de medidas.

O artigo 114 vincula a aplicação de algumas medidas à existência de provas suficientes da autoria e da materialidade. Para a medida de advertência, no entanto, provada a materialidade, não há necessidade de prova da autoria, bastando indícios suficientes. Já, para a aplicação das medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos I a VI, as quais também são consideradas sócio-educativas, não há qualquer pressuposto relativo à suficiência de prova.

É verdade que o artigo 189 prevê hipóteses que, uma vez reconhecidas na sentença, impedem a aplicação de qualquer medida.

Observa-se que o legislador, na redação desse dispositivo, foi fiel ao Código de Processo Penal, substituindo apenas aquelas expressões que são inaceitáveis na Justiça da Infância e da Juventude, onde não há “absolvição” ou “condenação”, “réu” ou “pena”. Vê-se que o legislador foi expresso quando quis tornar o procedimento semelhante ao processo penal e teve o cuidado de excluir, por não mencionar, hipóteses que corresponderiam às previstas nos incisos V e VI do artigo 386 do Código de Processo Penal. Poder-se-ia afirmar que o Estatuto foi omissivo ao não prever circunstância que exclua o ato infracional e a inexistência de prova suficiente para a aplicação de medida? Deveriam ser aplicados subsidiariamente os incisos excluídos? Não. Em nosso entender, se o adolescente agiu ao abrigo de uma excludente, o fato não constitui ato infracional. Por outro lado, o legislador não poderia, tecnicamente, ter incluído a insuficiência de prova como causa de não-aplicação de medidas, considerando as exceções contidas no artigo 114 e seu parágrafo.

É, no entanto, através do instituto da remissão que o princípio da verdade real sofre o abalo maior. A remissão, nos termos do artigo 127, pode ser cumulada com aplicação de medidas sócio-educativas e “não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade”. Em sede de remissão, excetuadas as medidas de semiliberdade e internação, que são inaplicáveis na hipótese, para imposição das demais medidas, conforme ressalva contida no artigo 114, não há exigências relativas à suficiência da prova. Assim, a necessidade de investigação aprofundada dos fatos está estreitamente ligada à natureza da medida. Tal situação não implica quebra do princípio da inocência, eis que ao adolescente são asseguradas as garantias do artigo 111, e a remissão é ato bilateral, que resulta de acordo entre as partes e pressupõe aceitação.

Bem antes do advento da Lei nº 9.099/95, o Estatuto afastou o princípio da legalidade, que impunha ao Ministério Público o dever de promover a ação penal, não lhe permitindo apreciar a conveniência ou utilidade social da instauração do processo, pois estavam em primeiro plano o delito e sua punição. O Estatuto, contrariando o princípio então vigente, adotou o princípio da oportunidade, permitindo a concessão de remissão pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo. Passou-se a examinar a necessidade de instauração de procedimento em relação a cada adolescente, em concreto, considerando-se sua personalidade e não apenas o fato

praticado. Daí a importância da apresentação do adolescente perante o Promotor de Justiça.

Como já afirmamos, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um regramento próprio, que persegue objetivos não penais. A possibilidade de aplicação de medidas sócio-educativas através da remissão indica que tais medidas têm natureza diversa das penas.

No caso de entender a autoridade judiciária ser adequada a concessão da remissão, prevê a lei, tão-somente, a manifestação do Ministério Público, antes da decisão (art. 186, § 1º). A oportunidade para ofertar opinião nessa fase processual demonstra que o agente do Ministério Público não está vinculado à representação oferecida, podendo manifestar-se favoravelmente à remissão, se julgar conveniente. A hipótese, considerando-se que a remissão pode significar a extinção do processo, no caso de não ser aplicada qualquer medida, se comparada ao processo penal, poderia equivar-se à desistência da ação e conseqüente quebra do princípio da indisponibilidade. Apenas a título de observação, sabemos que a Lei nº 9.099/95 mitigou tal princípio, mas a hipótese é diversa da transação, que não coexiste com a denúncia e sempre traz a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, ao passo que a remissão pode ser proposta pelo magistrado, uma vez iniciado o procedimento, e pode ser pura e simples.

Ainda que haja semelhança nos procedimentos, percebe-se que os objetivos da lei estatutária são distintos do direito penal, razão suficiente para que se conclua que nem todas as normas processuais penais lhe são aplicáveis.

A ASSISTÊNCIA: POR QUE NÃO?

O Estatuto não veda a intervenção de assistente em procedimento para apuração de ato infracional, mas também não abre tal possibilidade.

Como já vimos, sempre que o legislador quis, não poupou palavras, ainda que alguns dispositivos sejam praticamente uma repetição de determinados artigos do Código de Processo Penal. O diploma processual penal, por sua vez, menciona, quando cabível, a figura do assistente (ex: arts. 406, § 1º; 500 e 539, § 2º), providência não adotada no Estatuto nos dispositivos relativos ao procedimento em questão. Na verdade, há limitações expressas na lei tutelar, que sugerem não

haver lugar para a assistência. O que aconteceria se o assistente não considerasse satisfatória a medida aplicada por força de remissão? O artigo 128 é categórico quando elenca os legitimados para requererem a revisão da medida: o adolescente, seu representante legal e o Ministério Público. Diante da possibilidade de concessão judicial da remissão, há previsão de manifestação exclusiva do Ministério Público (art. 186, § 1º).

Se admitimos que a intervenção do assistente se justifica por sua colaboração na busca da aplicação de uma reprimenda penal, temos que concluir que tal função é estranha ao procedimento para apuração de ato infracional. O processo, desprovido de finalidade punitiva, desenvolve-se, conseqüentemente, sob outro prisma, voltando-se, em primeiro plano, para o adolescente e sua reeducação, jamais tendo como desfecho a imposição de uma pena. Nesse contexto, onde não há acusação ao feitiço da legislação penal, a atuação do assistente, visando à punição do autor do fato, afigura-se imprópria e incompatível com a natureza do procedimento em questão.

Já a posição liderada por Tourinho Filho dá margem a outros questionamentos. Ensina o jurista que o assistente será aceito, desde que preenchidos os requisitos legais específicos e demonstrada a existência de prejuízo que comporte ressarcimento no âmbito civil. Sustenta, com acerto, em que pesem posições divergentes de renomados doutrinadores, que a função do assistente não é auxiliar a acusação, mas, sim, defender seu interesse na reparação *ex delicto*. Tal entendimento, de fato, é reforçado pelas limitações legais impostas ao assistente na esfera recursal. Seu interesse está restrito à comprovação da culpabilidade do réu, desde que do fato advenha a possibilidade de indenização, e a intervenção no processo penal se justifica em decorrência de que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de satisfazer o dano. Inexistente a pretensão de ressarcimento, a assistência não é admissível.

Em se tratando de ato infracional praticado por adolescente, não há dúvida de que poderá ocorrer situação que enseje pretensão indenizatória. É de ser salientado que uma das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto é justamente a obrigação de reparar o dano. Poder-se-ia argumentar que a vítima teria interesse em buscar a aplicação desta medida, o que justificaria sua intervenção como assistente, mas também significaria imensa restrição no universo das medidas aplicáveis, com duvidosas conseqüências pedagógicas.

Dispõe o Estatuto que, produzindo o ato infracional 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” (art. 116). A expressão “se for o caso” já sugere que a escolha da medida depende da constatação de ser a mesma a mais adequada para a reeducação do adolescente no caso concreto. A reparação do dano sofrido pela vítima é um *plus*, não o objetivo em si.

Miguel Moacyr Alves Lima, ao comentar o citado artigo, na obra *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais*, sustenta que a medida pode ser aplicada ao infrator e, por conseguinte, aos responsáveis legais, no procedimento que tramita perante a Justiça da Infância e da Juventude, diante da instituição de um “juízo único para a apuração do ilícito e a reparação do dano dele decorrente”, salientando o princípio da desjudicialização e com ele afastando posições que exigem a instauração do contraditório para a imposição da medida. Não discordamos de tal posição. Apenas enfatizamos que, em primeiro lugar, está a finalidade da medida, eminentemente educativa, visando conscientizar o adolescente sobre as conseqüências de seus atos, ou, ainda, no dizer de Wilson Donizeti Liberati, sobre o “desenvolvimento do senso de responsabilidade daquilo que não é seu”.

Bem percebeu Miguel Moacyr Alves Lima que o sucesso da medida e a possibilidade de desjudicialização, considerada a pronta resposta ao ato praticado e à vítima, estão ligados à inexistência de conflitos de interesse, tanto que aconselha a autoridade a não impor seu ponto de vista. Assim, na verdade, para que a medida alcance integralmente os objetivos, adequada se mostra a remissão, que implica acordo, ou, no mínimo, a devida sondagem com o adolescente e seus responsáveis acerca da suficiência da medida e da possibilidade de seu cumprimento de forma espontânea, ou, ainda, até mesmo a adoção da tentativa de composição do dano, como previa o Código de Menores de 1979. Por outro lado, se não houver acordo, não comungamos da idéia de que os responsáveis legais pelo adolescente estariam automaticamente obrigados a satisfazerem a medida imposta.

É certo que, nos termos da lei civil, em sendo o adolescente menor de 16 anos, a responsabilidade pela reparação cabe exclusivamente aos pais. Sendo o infrator maior de 16 anos, os pais respondem solidariamente, de conformidade com os artigos 156, 1.518, parágrafo

único, 1.521, inciso I, e 1.523, todos do Código Civil. Mas, estas são normas de direito material inaplicáveis à espécie, pois a medida sócio-educativa de reparação do dano não se confunde com a responsabilidade civil.

O objetivo do procedimento previsto no Estatuto é a apuração do ato infracional, não sendo sua finalidade a reparação do dano, que é apenas uma das medidas pedagógicas aplicáveis. Todavia, cabe questionar se, uma vez imposta ao adolescente a medida em tela, poderá a vítima executar a sentença no juízo cível.

Entendemos que a execução direta, incluindo no pólo passivo os pais ou responsáveis, é incabível, pois a estes estaria sendo negada a oportunidade de demonstrar, em concreto, estar afastada a presunção de culpa. Mesmo a sentença penal condenatória não constitui título executivo contra aquele que não foi parte no processo criminal. Pretendendo a vítima obter dos responsáveis pelo autor do delito a indenização correspondente, deve ajuizar ação de conhecimento para formação do título. É evidente que a medida sócio-educativa é dirigida exclusivamente ao adolescente infrator. Mesmo que os responsáveis tenham obrado com culpa *in vigilando*, eles não foram partes no procedimento de apuração de ato infracional.

Discutível é a hipótese de execução direta ajuizada apenas contra o adolescente, que pode, inclusive, possuir patrimônio próprio e ser abastado. Teríamos que admitir que a sentença proferida pelo Juízo da Infância e da Juventude tem natureza civil, o que é incontestável, mas, também, natureza condenatória. Pergunta-se, porém, (no caso de ser julgada procedente a representação), quem integrou a lide no feito, e conclui-se que a parte que se torna “credora” é o Estado, através do Ministério Público.

Percebe-se, de pronto, que a execução de uma medida sócio-educativa, da mesma forma que a execução de uma sanção penal, não pode subordinar-se ao processo de execução previsto na lei processual civil. Seria um absurdo entendermos que o cumprimento da medida estaria, no caso, a depender do interesse do ofendido (titular do direito de reparação!) em promover a execução no cível, como se a vítima fosse autora da ação que originou a “condenação”, que só a ela interessaria. É o que poderia acontecer, se confundíssemos a natureza da medida sócio-educativa de reparação do dano com responsabilidade civil.

Ainda que a medida possa trazer, de imediato, a reparação desejada pela vítima, permanece a idéia da existência, no fundo, de ações distintas, com objetivos diferentes e conseqüências diversas, no caso de não-atendimento ao comando das sentenças proferidas. Ora, a execução de medidas sócio-educativas resolve-se de forma diversa. Processa-se no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, sob o controle da autoridade judiciária competente e a fiscalização do Ministério Público. Dependendo da hipótese, poderá ocorrer, a qualquer tempo, revisão ou substituição da medida, podendo o descumprimento implicar regressão, com aplicação de medida mais gravosa (arts. 99; 116, par. ún; 118, § 2º; 122, III, e 128). cremos evidente a diferença da sentença que julga procedente a representação das demais sentenças de natureza civil.

Afastada a possibilidade de ajuizamento de execução direta, nos termos da lei processual civil, por inadequada e por não ter a vítima legitimidade para promover a execução de uma medida sócio-educativa, entendemos que, mais uma vez, a intervenção da vítima como assistente no procedimento para apuração de ato infracional perde a razão de ser.

Imagine-se, ainda, o que ocorreria, no caso de optar o magistrado por outra medida diversa da reparação do dano. Poderia o assistente recorrer? Pensamos que não, já que compartilhamos do entendimento de que à vítima interessa, tão-somente, o reconhecimento da ilicitude do fato e da responsabilidade do agente para fins de reparação civil. Tanto é assim que, ao assistente de acusação, na esfera penal, não é dado recorrer da espécie de pena aplicada ou de sua duração.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que, uma vez provadas a prática do ato infracional e a autoria, não mais se questionaria no juízo cível, “a existência do fato, ou quem seja o autor”, e que a condenação torna certa a obrigação de reparar o dano (arts. 1.525 do CC e 91, I, do CP). No entanto, para que tal efeito ocorra, é necessário que a questão tenha sido decidida no juízo criminal. Perante o Juizado da Infância e da Juventude não é proferida sentença penal condenatória: há sentença de natureza civil, como bem demonstra o sistema recursal pertinente. Logo, não se pode afirmar que esteja estabelecida a eficácia vinculante da sentença que julga procedente a representação sobre a pretensão indenizatória. Estender tal efeito à sentença prolatada em procedimento para apuração de ato infracional seria ir muito além da aplicação subsidiária de normas, sem qualquer amparo legal e, salvo melhor juízo,

decisão neste sentido seria inconstitucional. Além do mais, sequer como regra geral se poderá ter como incontroversa a responsabilidade na esfera infanto-juvenil, mesmo que a medida aplicada seja a reparação do dano, diante da possibilidade de remissão judicial (já que a assistência só é admitida quando iniciado o processo), pois, não custa repetir, nessa hipótese não há, necessariamente, o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade (art. 127).

Se apenas a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de reparar o dano, e se a intervenção do assistente de acusação só se justifica pela influência da sentença penal em sede civil, a intervenção não deve ser admitida em procedimento para apuração de ato infracional por falta de legítimo interesse.

Nosso posicionamento sobre a matéria encontrou guarida, ao ser analisado pela primeira vez, em acórdão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido nos autos do agravo de instrumento nº 594011413, de 29.06.94, sendo relator o Desembargador Alceu Binato de Moraes.

SÍNTESE DAS CONCLUSÕES

As normas do Código de Processo Penal, por força do artigo 152 do Estatuto, são aplicáveis em procedimento para apuração de ato infracional, à exceção da fase recursal. Contudo, temos que ter em mente que a aplicação subsidiária de normas encontra limites nos princípios que emanam do texto legal que se pretende integrar, ou seja, deve haver compatibilidade. O Estatuto não veda a assistência no procedimento em questão, mas, também, não a prevê. A ausência de previsão sobre determinada matéria não constitui, necessariamente, uma omissão, podendo, isto sim, indicar a impertinência do tema. Observa-se que o legislador foi minucioso na redação dos dispositivos, praticamente repetindo normas processuais penais, mas, em momento algum, referiu-se à figura do assistente, certamente, por ser a mesma incabível, já que contrária aos objetivos do Estatuto.

O artigo 206 do Estatuto, usado como argumento para a admissão da assistência, por permitir a intervenção da criança ou do adolescente, de seus pais ou responsável, ou de qualquer pessoa que tenha legítimo interesse, através de advogado (profissão que deu título ao capítulo onde se insere o dispositivo, o que indica a idéia enfatizada pelo legislador: a imprescindibilidade desse profissional), dirige-se aos

procedimentos em que a lei processual civil é aplicável subsidiariamente. Não se refere à assistência em procedimento para apuração de ato infracional (que mereceu a atenção do artigo 207), onde não se pode cogitar de “intervenção” do adolescente, que é parte obrigatória, a menos que se admita sua intervenção como parte contingente, como vítima, e, neste caso, não haveria motivo para que a lei particularizasse a adolescência como condição, generalizando, ao mesmo tempo, a intervenção de terceiro, franqueando a participação de qualquer pessoa com legítimo interesse, o que ampliaria, em muito, as hipóteses de admissão do assistente, em comparação com o processo penal.

O Estatuto é diploma legal eminentemente protetivo e, como tal, não comporta a intervenção de detentores de interesses contrários aos direitos que pretende tutelar, ou seja, de quem pretende uma punição, vale dizer, do “assistente à acusação”, porque acusação não há. O objetivo do procedimento e da conseqüente aplicação de medida sócio-educativa cabível é a orientação, a reeducação do adolescente, aspectos que, por óbvio, não estão, e não podem estar, a cargo da vítima, a qual, não raramente, pode ser movida pela paixão, pela vingança. Há clara incompatibilidade entre a alegada função do assistente e os princípios do Estatuto. A adoção de um sistema acusatório formal visa à garantia de ampla defesa e a tanto se limita.

Não se admite a assistência, mesmo que se entenda que sua função é a de buscar a reparação do dano, embora não se discuta que o ato infracional possa ensejar pretensão indenizatória.

Em que pese a existência da medida sócio-educativa de reparação do dano, não cabe ao assistente buscá-la, com exclusividade, dentre as várias medidas aplicáveis, da mesma forma que não é dado ao assistente de acusação, no processo penal, buscar a majoração da pena privativa de liberdade ou recorrer contra sua substituição por penas restritivas de direitos, contra a concessão de *sursis* ou a declaração de extinção da punibilidade. A medida de reparação do dano será aplicada, no caso de ser considerada a mais adequada, sob o ponto de vista pedagógico, em relação à pessoa do infrator.

Não se pode confundir uma medida sócio-educativa (reparação do dano) com responsabilidade civil. Uma vez prolatada sentença no Juizado da Infância e da Juventude, determinando a reparação, o ajuizamento, pela vítima, de processo de execução no juízo cível para haver sua pretensão, por não ter ocorrido cumprimento espontâneo

da medida, é incabível e não pode voltar-se contra os pais ou responsável pelo adolescente, já que estes não foram partes no procedimento, instaurado a partir de uma lide entre o Estado e o infrator. A execução da medida sócio-educativa não pode, pois, ficar a cargo da vítima e depender de seu interesse em promovê-la, subtraindo-se função do Estado.

A sentença que julga procedente a representação (provados o ato infracional e a autoria) tem natureza civil, com efeitos diversos das demais sentenças da mesma natureza, e a ela, por certo, não podemos estender os efeitos extrapenais da sentença penal condenatória, como tornar certa a obrigação de reparar o dano. Inexistente a eficácia vinculante da sentença proferida no Juizado da Infância e da Juventude sobre a pretensão reparatória, cessa o legítimo interesse do assistente na intervenção.

Em suma, a assistência em procedimento para apuração de ato infracional não encontra amparo legal ou mesmo filosófico ou ideológico. Toda lei deve ser interpretada à luz de seus princípios. Diante de um diploma legal, com novas propostas, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo que permitida a aplicação subsidiária de outra normas, cabe ao intérprete afastar aquelas que não se mostrem totalmente compatíveis com sua natureza e em harmonia com seu princípio mais evidente: a proteção integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1987.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. Coord. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado - comentários jurídicos e sociais*. São Paulo, Malheiros, 1992.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- _____. *Código Penal anotado*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- _____. *Prescrição Penal*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Malheiros, 1993.
- _____. "Inimputabilidade. Medida sócio-educativa de internação. Prescrição. Questões do Estatuto da Criança e do Adolescente". In *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, 18.

- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Brasileiro*. v. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1961.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo, Atlas, 1994.
- _____. *Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 1991.
- NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo, RT, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, Saraiva, 1983.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 2, São Paulo, Saraiva, 1985.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- ZIYADE, Fátima. *O Assistente da Acusação*. Porto alegre, Livraria do Advogado, 1993.