



JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL PARA OS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Fernando Oliveira Piedade¹
Werlin de Jesus O. Gois²

RESUMO

O presente artigo traz à baila a problemática dos adolescentes em conflito com lei, analisada segundo a ótica dos operadores do direito. Pois, para a sociedade, de maneira geral, a redução da maioridade penal para adolescentes que cometerem ato infracional grave seria uma forma eficaz de diminuir a violência e promover a segurança pública. Nessa perspectiva, deve-se mencionar que o trabalho junto ao adolescente, autor do ato infracional, requer um olhar mais crítico e racional, exemplo disso ocorre nas penitenciárias que estão superlotadas por aqueles que cometeram crime, privando-lhes à liberdade, sem que, no entanto, sejam restaurados no que diz respeito a sua condição de cidadão, pois estes não exercem o direito à cidadania, nem mesmo de forma mutilada. Nesse sentido, um aspecto interessante no enfrentamento à delinquência juvenil é a implementação de políticas públicas de prevenção, uma vez que o Estado deve estar comprometido com a função social, assumindo a responsabilidade da prestação dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos de cidadania, daí a importância da justiça restaurativa enquanto abordagem alternativa de solução de conflitos alicerçada no diálogo, na culpa compartilhada, na reparação de danos e no envolvimento de todos os atores sociais para se busquem a transformação do adolescente e, por conseguinte, a promoção da cultura da paz.

Palavras-chave: Adolescente. Conflito. Justiça Restaurativa. Lei.

ABSTRACT

This article brings up the issue of children in conflict with law, analyzed from the viewpoint of legal. Therefore, to society in general, lowering the age of criminal teenagers who commit serious offenses would be an effective way to reduce violence and promote public safety. In this perspective, it should be mentioned that the work with adolescents, author of offense, requires a more critical and rational example of this occurs in prisons that are overcrowded by those who committed crime by depriving them of freedom without, however, be restored with regard to their citizenship because they do not exercise their right to citizenship, or even mutilated form. In this sense, an interesting aspect in dealing with juvenile delinquency is the implementation of public policies for prevention, since the state must be committed to the social function, taking responsibility for the provision of fundamental rights, especially the rights of citizenship, hence the importance of restorative justice as an alternative approach to conflict resolution founded on dialogue, shared fault,

¹ Mestrando em DIREITO pela UNISC com Bolsa da Capes tipo 1. Integrante do grupo de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas na UNISC. Bacharel em DIREITO com Bolsa FIES na Estácio/Faculdade São Luís. Licenciado em Letras Português/Espanhol com Bolsa Integral PROUNI pela Faculdade Santa Fé. Possui Especialização em Linguística e Língua Portuguesa pela Faculdade Evangélica do Meio Norte e Metodologia do Ensino da Língua Espanhola pela Faculdade Santa Fé. Email:nandooliver27@hotmail.com

² Bacharelado em Direito na Estácio/ Faculdade São Luís. Email: Werlin-badboy@live.com

repair of damage and the involvement of all social actors to seek the transformation of adolescents and therefore the promotion of culture of peace.

Key-words: Adolescent. Conflict. Restorative Justice. Law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A vulnerabilidade social do segmento infanto-juvenil, carece da intervenção do Poder Público na implementação de projetos destinados a combater as situações de risco pessoal e social deste contingente. Neste sentido, o presente trabalho sugere a atuação e o comprometimento do Estado de modo a viabilizar políticas públicas que venham atender aos direitos de crianças e adolescentes no espaço local.

Sendo assim, pretende-se ainda com o referido artigo o trabalho com o desenvolvimento das práticas restaurativas, fundamentada na Justiça Restaurativa, transformando conflitos e violências na aprendizagem de valores humanos, que vivenciados possibilitam a construção da Cultura de Paz.

Para difundir o paradigma restaurativo é preciso a participação de todos os atores sociais, públicos e privados, incluindo as práticas restaurativas diretamente no atendimento aos adolescentes em conflito com a lei. As práticas restaurativas contribuem com a aplicação das medidas socioeducativas, ajudando os adolescentes infratores a reparar o dano, evitando consequências futuras, mediante a participação direta da família e comunidade na ressocialização e reintegração do adolescente, vivenciando os valores restaurativos garantindo a horizontalidade e voluntariedade entre aqueles que estão participando de um processo restaurativo.

Nesse procedimento há responsabilização do adolescente, envolvendo a participação da vítima, família e comunidade. Elas constituem importante instrumento na formação de uma justiça participativa que atue como verdadeira transformação para uma nova forma de promoção de direitos humanos, cidadania, inclusão e paz social, favorecendo relações saudáveis e restauração dos relacionamentos fragilizados por um conflito, significando uma inovação no trato com conflitos, baseado na pacificação e participação de todos os atingidos pelo caso.

2) ASPECTO LEGAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

A reconstrução histórica do direito juvenil remonta as seguintes fases: a da indiferença, a qual as crianças e os adolescentes eram tratados de forma igual aos adultos; a da situação irregular que considerava a criança e o adolescente “merecedores de proteção” e por fim da proteção integral formando sujeitos de direito e deveres.

A primeira fase ou fase da indiferença tem início no século XIX, indo até o início do século XX. Nesta época os pais tratavam a criança e o adolescente como fossem suas propriedades. A legislação que protege a criança e o adolescente no Brasil tem, historicamente, um início frágil, com garantias escassas ao infante e ao adolescente infrator. O aparato legal era utilizado como via de repressão das classes desfavorecidas, agravando a desigualdade entre os destinatários da norma e seus criadores.

Nesta fase a criança e o adolescente possuíam tratamento igual ao dispensado aos adultos, não havendo diferença pela condição decorrente da idade. O sistema vigente da época aplicava aos menores de idade a mesma norma de privação de liberdade que era utilizada aos maiores de idade. De acordo com Mendez³:

Una primera etapa que puede denominarse de carácter **penal indiferenciado**, que se extiende desde el nacimiento de los códigos penales de corte notadamente retribucionista del siglo XIX, hasta 1919. La etapa del tratamiento **penal indiferenciado** se caracteriza por considerar a los menores de edad prácticamente de la misma forma que a los adultos.

Já Cury⁴:

O caráter penal indiferenciado não distinguia os menores de idade dos maiores e fixava a estas normas de privação de liberdade, distintas apenas pelo tempo da sanção. Observa-se a vigência desta fase desde o nascimento dos códigos penais, do século XIX até a primeira metade do século XX.

A segunda fase ou fase da situação irregular iniciou no começo do século XX e ficou caracterizado pelo caráter tutelar da norma, resultado da revolta da sociedade, que protestou contra o antigo modelo, no qual colocavam juntos nas

³ MÉNDEZ, Emilio García. **Evolución histórica del derecho de la infancia**: Por que una historia de los derechos de la infancia. In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (orgs). São Paulo: ILANUD, 2006.p.67

⁴ CURY, Munir (Coord.).**Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**.9ed.São Paulo: Malheiros,2008.p.45

celas os menores e adultos. Nesta fase a criança e o adolescente passam a ser merecedores de “proteção”.

Primeiramente em 1927 surge o Decreto 17.943-A de 12 de outubro de 1927, conhecido por Código Mello de Matos, com uma proteção baseada na carência material e em um fim educativo. Foram feitas inovações com este decreto como a figura do juiz de menores, sendo o responsável por todas as decisões pertinentes ao futuro dos menores infratores, com o intuito de oferecer assistência, proteção e defesa aos menores de 18 anos. Porém ficava suprimida a figura da família como parte integrante e necessária do desenvolvimento do menor, era mais importante o recolhimento do infrator para proteger a sociedade do que resolver a situação. De acordo com Bombarda⁵:

O Código foi pioneiro em alguns assuntos, como e principalmente e o que nos é mais relevante nesse artigo, o tratamento diferenciado de menores infratores, proibindo o seu internamento em prisão comum, bem como a divisão etária dos menores autores de infrações penais. Nesse código evidenciando o interesse do Estado em tirar das vistas da sociedade.

Através do Código Mello Matos, a criança e o adolescente foram divididos em dois grupos, o dos abandonados e o dos delinquentes. As crianças abandonadas, menores de sete anos, eram denominadas expostos, ficavam acolhidas nos abrigos, havia um compromisso para manter o sigilo sobre as crianças e a família. Enquanto que os maiores de sete e menores de 18 anos, eram classificados de abandonados, Para assim ser considerado, o menor tinha que preencher o vasto rol contido no art. 26.

Já as medidas a serem aplicadas aos abandonados estavam estabelecidas no art. 55, onde possuía soluções taxativas (expostas nos itens “a”, “b”, “c” e “d”), possibilitava a autoridade competente a assistência e proteção aos menores, no item “e”, agir de modo oposto ao prescrito em lei se houvesse motivo grave e interesse do menor.

De acordo com Matos citado em Bombarda⁶:

⁵ BOMBARDA, Fernanda. **DO CÓDIGO DE MENORES AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Um Avanço na Reinserção Social do Adolescente em Cumprimento da Medida Sócio-Educativa de Liberdade Assistida**, 2010. Disponível em http://forum.ulbratorres.com.br/2010/ Mesa_texto/MESA%202%20C.pdf. Acesso em: 10 maio 2013.

⁶ BOMBARDA, Fernanda. **DO CÓDIGO DE MENORES AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Um Avanço na Reinserção Social do Adolescente em Cumprimento da Medida Sócio-Educativa de Liberdade Assistida**, 2010. Disponível em http://forum.ulbratorres.com.br/2010/ Mesa_texto/MESA%202%20C.pdf. Acesso em: 10 maio 2013.

Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos:

I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desapparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;

II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;

III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;

IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;

V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;

VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.

VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:

a) vítimas de maus tratos physicos habituais ou castigos immoderados;

b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;

c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;

d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;

VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel;

a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;

b) a qualquer pena como co – autor, cumplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

Art 55. A autoridade, a quem incumbir a assistencia e pprotecção aos menores, ordenará a apprehensão daquelles de que houver noticia, ou lhe forem presentes, como abandonados os depositará em logar conveniente, o providenciará sobre sua guarda, educação e vigilancia, podendo, conforme, a idade, instrucção, profissão, saude, abandono ou perversão do menor e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, adoptar uma das seguintes decisões.

a) entregal-o aos paes ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, sem condição alguma ou sob as condições qe julgar uteis á saude, segurança e moralidade do menor;;

b) entregal-o a pessoa idonea, ou internal-o em hospital, asylo, instituto de educação, officina escola do preservação ou de reforma;

c) ordenar as medidas convenientes aos que necessitem de tratamento especial, por soffrerem de qualquer doença physica ou mental;

d) decretar a suspensão ou a perda do patrio poder ou a destituição da tutela;

e) regular de maneira diferente das estabelecidas nos dispositivos deste artigo a situação do menor, si houver para isso motivo grave, e fôr do interesse do menor.

No art. 68 eram previstas ações estatais aos delinquentes, considerados assim os menores de quatorze annos autores ou participes de crimes ou contravenção. Estas ações baseavam-se em efetuar o registro do fato designado,

dos agentes, do estado psíquico do infrator e da situação social, moral e econômicas dos pais ou responsáveis. Com estes dados poder-se-ia estabelecer a medida apropriada ao fato. Ainda segundo Matos apud Bombarda:

Art. 68. O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de espécie alguma; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punível e seus agentes, o estado físico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

§ 1º Si o menor sofrer de qualquer forma de alienação ou deficiência mental, for epilético, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saúde precisar de cuidados especiais, a autoridade ordenará seja ele submetido no tratamento apropriado.

§ 2º Si o menor for abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua colocação em asilo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idônea por todo o tempo necessário á sua educação contando que não ultrapasse a idade de 21 anos.

§ 3º si o menor não for abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os pais ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazê-lo mediante condições que julgar uteis.

§ 4º São responsáveis, pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521e 1.623)

O art. 76 apesar de conservar a atenuante da menoridade, mas de modo diverso do código anterior, especialmente em relação ao processo penal, principalmente no que tange a execução e a separação dos demais nos locais de cumprimento da pena. O mesmo código trazia ainda os seguintes artigos.

Art 76. A idade de 18 a 21 anos constitui circunstancia atenuante. (Cod. Penal, art. 42, § 11)

Art. 77. Si, ao perpetrar o crime ou contravenção, o menor tinha mais de 18 anos e menos do 21, o cumprimento da pena será, durante a menoridade do condenado, completamente separado dos presos maiores.

Já no ano de 1979, vigorou o Código de Menores (Lei nº 6.697 de 10/10/1979), resultado de um conjunto de ideias postas pela Declaração dos Direitos da Criança (da Assembleia das Nações Unidas de 1959) e da Declaração do Ano Internacional da Criança (ONU - 1979).

Apesar dos novos referenciais teóricos, os adolescentes eram enviados para o mesmo centro de internação, não importava se a proteção era por motivo de abandono ou em decorrência de infrações penais.

Pode ressaltar que o Código Mello Matos e o Código de Menores tinham como pensamento de que a criança e o adolescente eram objetos de direito (quais sejam as proteções) e não sujeitos de direitos.

O Código de Menores, de 1979 (Lei 6.697, de 10/10/79), adotou a doutrina de Proteção ao Menor em Situação Irregular, que abrangia os casos de abandono, a prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal. A lei de menores cuidava somente do conflito instalado e não da prevenção. Era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos. Portanto, crianças e adolescentes não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de medidas judiciais. (BASTOS, 2002)

Através da revisão no Código de Menores de 1927 foi constituído o Código de 1979, seguindo a linha principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil.

A terceira fase ou fase da proteção integral teve como marco inicial a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança e do Adolescente (1989), a qual foge da irregularidade e da situação de objeto em que se encontrava a criança e o adolescente passando a serem sujeitos de direito. Com isto se inicia uma nova mentalidade protecionista, a Doutrina da Proteção Integral.

O art. 227 da Constituição de 1988 concedeu aos sujeitos em uma condição especial uma série de direitos, baseada no conteúdo e na ótica da Doutrina da Proteção Integral, trazendo os progressos da normativa internacional à população infanto-juvenil brasileira.

Em 1990 o cenário mundial direcionou maiores atenções para o âmbito da infância e juventude, época em que surgiram as Regras das Nações Unidas para proteção dos menores privados de liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes RIAD). A Constituição Federal de 88

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

Impulsionado pelos documentos internacionais, o Brasil promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990) e instituindo expressamente a Doutrina de Proteção Integral. Iniciou-se, então, uma política de auxílio à criança e ao adolescente, regimentando uma sequência de direitos e deveres destes.

Através do ECA ocorreram mudanças no tratamento infanto-juvenil, passaram a ter uma situação humana diferente dos adultos, passam a usufruir de maior proteção diante de sua vulnerabilidade. Outra mudança que ocorreu foi o acréscimo do princípio da legalidade ou reserva legal, que determina a eventualidade do emprego da medida socioeducativa à prática de crime ou infrações, prenunciado na legislação reprimida, transferindo do Código de Menores a confusa prática de instituir medidas aos adolescentes, até de estreitamento a liberdade, com apoio na verificação do deslize de comportamento, decorrente da difícil integração familiar e social.

De acordo com Liberati⁷:

A nova teoria, baseada na total proteção dos direitos infanto-juvenis, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, no dia 20.11.89. O Brasil adotou o texto, em sua totalidade, pelo Dec. 99.710, de 21.11.90, após ser ratificado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo 28, de 14.9.90).

Nessa perspectiva, criança e adolescente deixam de ser mercedores de mera proteção, e passam a ter garantias (que também promovem proteção), deixando de ser objeto e passam a ser sujeitos de direito.

1) ATO INFRAACIONAL

É considerado ato infracional a conduta descrita na lei como crime ou contravenção penal, como prevê o art. 103 da Lei 8.069/1990. Por haver a exigência da figura típica, é adotado para o ato infracional o princípio da reserva legal, com suas garantias e consequências.

Para Liberati⁸ “Na verdade, não existe diferença entre os conceitos de ato infracional e crime, pois, de qualquer forma, ambas são condutas contrárias ao Direito, situando-se na categoria de ato ilícito”.

⁷ LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p.56

⁸ LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.46

Estudando o ato infracional, pode-se notar que existem duas definições para crime. O primeiro conceito é definir o crime como um fato típico e antijurídico, e o segundo pode ser classificado como um fato típico, antijurídico e culpável. Por tratarmos de uma lei que protege o adolescente, é utilizada a primeira definição, pois a conduta praticada pela criança e adolescente não integra o requisito da culpabilidade ou imputabilidade. De acordo com Ishida⁹

A imputabilidade penal inicia-se somente aos 18 (dezoito) anos, ficando o adolescente que cometa infração penal sujeito à aplicação de medida socioeducativa por meio de sindicância. [...] Assim, o procedimento culposo da criança e adolescente é intitulado de um modo técnico de ato infracional, envolvendo tanto o crime quanto a contravenção.

O dispositivo 104 do ECA foi inserido para regimentar o disposto do art. 228 da Carta Magna, sobre a imputabilidade penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.
Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Uma das hipóteses de inimputabilidade de acordo com a legislação é a idade, determinada em 18 (dezoito) anos. Com o intuito de estabelecer a imputabilidade é considerada a idade no instante da conduta realizada por meio de ação (comissiva), ou omissão (omissiva). Se o adolescente cometer um ato infracional e for descoberto depois de ter completado 18 (dezoito) anos, ele não responderá na esfera penal e sim de acordo com o procedimento estabelecido pela legislação especial, ou seja, o ECA. Segundo a concepção do Superior Tribunal de Justiça:

Na aplicação de medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, leva-se em consideração a idade do menor ao tempo da prática do fato, para efeito de cumprimento de sanção, a circunstância de atingir o agente a maioridade (STJ, RHC 7.308/98-SP, DJU 27-4-98. p. 217).

⁹ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 13ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p.32

Tanto as crianças quanto os adolescentes são sujeitos de ato infracional, sendo que as crianças receberão medidas protetivas e aos adolescentes medidas socioeducativas. Em Ishida¹⁰:

Seguindo-se a doutrina de proteção integral e considerado ser a criança ou adolescente pessoa em desenvolvimento, o legislador elaborou regras diferenciadas. Assim, para o menor de 18 anos na data da conduta, afastou a aplicação da pena. Como medida de reeducação, estabeleceu a medida socioeducativa, mas limitou-a a pessoa entre 12 e 18 anos (adolescente). Finalmente, nesse escopo do ECA, vedou a aplicação da medida socioeducativa à criança, adotando o critério biológico para afastar a aplicabilidade da mesma. Como último recurso pedagógico, entendeu cabível o legislador apenas a aplicação de medida de proteção à criança.

De acordo com o dispositivo 105 do ECA, “Ao ato infracional praticada por criança corresponderão as medidas previstas no Art. 101”, ou seja, o tratamento recebido pelas crianças que cometem ato infracional é diferente, pois há a apreensão da Polícia que os encaminha ao Conselho Tutelar ou a Autoridade Judiciária competente, que executará seu ponto de vista a ação realizada e adotará uma das medidas protetivas, do art. 101.

As crianças que utilizam armas em geral para cometer uma infração penal, deverão ser apreendidas. Já no caso de as crianças cometerem infrações contra o patrimônio os objetos do fato serão apreendidos, e nos dois casos as crianças serão enviadas à Justiça da Infância e da Juventude.

De acordo com o art. 106 do ECA com fundamentação no art. 5º, LXI, da CF, “nenhum adolescente será preso exceto em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente [...] o adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos”.

É da natureza do regime democrático a garantia do direito a liberdade física de todos os indivíduos, direito este reconhecido pela Constituição.

Então de acordo com a Constituição só é legítima a prisão autorizada por lei, se tiver ocorrido uma infração penal, e a prisão será mediante flagrante ou por ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente.

O dispositivo 106 do ECA apoiado na norma constitucional estabelecida no art. 5º, LVIII e LXIV, garante ao adolescente que seja comunicado seus direitos, bem

¹⁰ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 13ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p.35

como que tenha como garantia o auxílio da sua família e de seu advogado e o de persistir calado.

Segundo os incisos LXIII e LXIV dispostos no art. 5º da C.F.:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

A família, a autoridade judicial competente, ou uma pessoa indicada pelo adolescente, deveram ser informadas do local onde o menor estar apreendido. Caso não seja feita a comunicação de imediato, a prisão será considerada ilegal.

De acordo com o art. 107 do ECA. “A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada”.

Liberati¹¹:

Portanto toda apreensão de adolescente, quer em flagrante delito, quer por ordem escrita do juiz competente, deve ser comunicada, imediatamente, ao juiz da infância e da juventude ou ao magistrado indicado pela lei de organização judiciária local.

No ato da apreensão poderá ocorrer a liberação imediata, sob pena de responsabilidade. Com a presença dos pais ou responsáveis, o adolescente deverá ser liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de apresentação ao Ministério Público.

Analisaremos agora a distinção entre internação e prisão. Pois, estas palavras, ou melhor, estas medidas usadas para limitar o direito à locomoção por mais que sejam iguais na privação de liberdade são diferentes na oportunidade da aplicação e no tema programático de recuperação. A prisão é uma pena retributiva, e a internação medida socioeducativa a ser executada em estabelecimento especializado. O dispositivo 108 do ECA diz que:

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

¹¹ LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p.67

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

O prazo de 45 dias é dado para que o procedimento seja concluído, com a resolução da representação feita pelo Ministério Público que poderá requisitar a medida socioeducativa da internação. O adolescente poderá ser submetido à identificação, mesmo que tenha feito à identificação civil, no caso de confrontação, havendo dúvida estabelecida.

4) JUSTIÇA RESTAURATIVA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

A vida em sociedade deve ser regulada por normas de condutas sociais, para que todos os cidadãos possam ao mesmo tempo respeitar e ser respeitado. Esse respeito refere-se ao seu próprio espaço e ao espaço do outro, pois conviver requer consideração, solidariedade e, sobretudo tolerância à liberdade de culto, de opinião, de gênero e “raça”, onde o diferente possa ser reconhecido em sua diferença.

Quando essas normas são quebradas o Estado é acionado para reorganizar a vida social, sendo que a depender do tipo de ação cometida pelo cidadão, principalmente quando considerada grave, esse comportamento criminoso é regulado por pelos menos quatro abordagens diferentes. A punitiva, também conhecida como retributiva, método mais utilizado pelo Estado, baseada exclusivamente no caráter punitivo. Esse enfoque é caracterizado no alto controle e baixo apoio.

A segunda abordagem é a permissiva ou reabilitadora caracterizada pelo baixo controle e alto apoio. Esse enfoque procura oferecer condições meramente ao ofensor, pois este é visto sempre como produto da vitimização social e econômica do Estado, ou seja, elemento direto da desigualdade social, não há preocupação com suas obrigações, isto é, de reparar o dano cometido, mas tão somente de reabilitá-lo, sendo reinserido na sociedade.

A terceira é a chamada forma negligente, caracterizada pelo baixo apoio, baixo controle e, sobretudo, pela indiferença. Esse enfoque é fruto do método punitivo, pois aparece posterior a fase punitiva.

E por último a abordagem restaurativa, objeto central do presente artigo, caracteriza-se pelo alto controle e alto apoio, oferecendo condições aos envolvidos

no conflito de através do diálogo restaurar o convívio social e promover a cultura da paz. Nessa senda, pergunta-se como a justiça restaurativa pode servir de instrumento de transformação social para os adolescentes em conflito com a lei.

A justiça restaurativa enquanto filosofia de vida surge na comunidade Maori na Nova Zelândia apresentando-se como uma alternativa a justiça criminal, apesar dos seus primeiros esforços serem direcionada aos adolescentes que constantemente praticavam atos infracionais. Sendo assim, o foco dessa relação volta-se para a comunidade, levando em considerações as necessidades das vítimas e a restauração do ofensor.

Esse paradigma restaurador enfoca a reparação do dano por parte do ofensor em vez da punição. Nesse enredo, apesar de não haver um conceito pronto sobre justiça restaurativa ela é entendida como uma forma de se fazer justiça reparando o dano causado crime, observando as necessidades das vítimas e do ofensor, além da possibilidade da participação de terceiros interessados, nesse caso a comunidade através de um processo colaborativo.

Nessa perspectiva, observa-se que essa abordagem restauradora traz várias vantagens, visto que desenvolve responsabilidade e competência no transgressor e valoriza a vítima em seu aspecto material, emocional e psicológico, encorajando-a a participar do processo de maneira ativa. Outro ponto importante de se ressaltar é a participação de maneira ativa da comunidade, onde esta participará mencionando como os membros foram afetados e dirá como se fazer para que em conjunto se repare o dano e restaure o equilíbrio social. Para Pinto¹²

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para

¹² PINTO, Gomes. Justiça Restaurativa: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento-PNUD. Brasília: Org, 2005.p.167

se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que a justiça restaurativa seja na esfera penal ou nos casos envolvendo crianças e adolescentes ela surge como um meio alternativo baseado no resgate da convivência humana, onde todos os envolvidos no conflito possam consensualmente participar desse processo fundamentado no princípio da voluntariedade. Essa abordagem aparece como meio eficiente inclusive nos casos em que for aplicada a internação ao adolescente infrator.

Na esteira desse pensamento, a aplicação da medida de internação para o adolescente que comete um ato infracional grave ainda tem sido objeto de constantes discussões. Assim de acordo com art. 112 do ECA. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

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

Em observância ao § 1º- a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

A internação é medida privativa de liberdade, sendo usada entre as diversas medidas previstas em último caso. Conforme já falamos no decorrer no trabalho é preciso que seja avaliada com cautela o caso concreto, uma vez que esta medida ainda apresenta pontos divergentes entre os operadores do direito. Somente deve ser aplicada a adolescentes que cometeram atos infracionais graves.

Embora o ECA apresente esta medida enfatizando o caráter pedagógico, é importante ressaltar os aspectos punitivos, repressivos e impositivos que influenciam tal decisão. Nessa senda, Volpe¹³ diz “os que forem submetidos à privação de liberdade só o

¹³ VOLPI, Mário. **Oficial de projetos do Unicef fala sobre a aplicação de medidas de internação.** Entrevistador: ILANUD.2009. Entrevista concedida ao Promenino Fundação Telefônica. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/>. Acesso em:20 de maio 2013.

serão porque a sua contenção e submissão a um sistema de segurança são condições sine qua non para o cumprimento da medida socioeducativa”.

Por isso que o enfoque restaurativo valoriza seus esforços na restauração das partes envolvidas, sendo que para o infrator à Justiça identifica as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado. Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo. Daí a necessidade da comunicação entre as partes, de modo a encontrarem uma solução justa e uma proposta exequível e líquida para o infrator.

fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo. Scuro Neto citado em Pinto¹⁴

Dessa forma, acredita-se que vítima e ofensor poderão juntos, na medida da razoabilidade, serem ajudados em pé de igualdade. Pinto¹⁵ “A Justiça restaurativa é capaz de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento e é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável”. O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe:

- a) concordância de ambas as partes (réu e vítima)
- b) concordância essa que pode ser revogada unilateralmente
- c) sendo que os acordos devem ser razoáveis
- d) as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade

¹⁴ PINTO, Gomes. Justiça Restaurativa: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento-PNUD. Brasília: Org, 2005.p 193

¹⁵ Ibid,p.172.

e) a aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original seja em um outro.

É importante ressaltar na presente análise que este acordo terá que ser aprovado ou não pelo Ministério Público e pelo advogado, além de ser homologado ou não pelo juiz. O juiz ao encaminhar o caso para Justiça Restaurativa aguarda o acordo que possivelmente será feito durante os círculos restaurativos para proferir sentença levando em consideração o possível acordo feito entre os envolvidos. Lembrando que esta solicitação depende de concordâncias entre as partes. Um aspecto importante a ser mencionado é que nem todos os casos são aconselhados seu encaminhamento para esse modelo restaurador.

Entretanto, é importante pontuar que embora alguns crimes, atos infracionais e certos conflitos não sejam aconselhados o uso da Justiça Restaurativa, as práticas restaurativas sempre caberá, uma vez que essas práticas visam essencialmente o modelo integrador. Ou seja, um modelo baseado na (re) construção social do indivíduo levando em consideração a ressocialização, a reeducação e a reinserção social do cidadão.

Nesse contexto, as práticas restauradoras continuam sendo uma ferramenta imprescindível mesmo quando o sujeito encontrar-se preso. Nessa senda, faz-se importante mencionar a relação direta entre as práticas restaurativas e a implementação de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto neste trabalho científico, cabe ratificar que a prática restaurativa é marcada pela voluntariedade, no tocante a participação da vítima e ofensor. Estes devem ser encorajados a participar de forma plena no processo restaurativo, mas deve haver consenso destes em relação aos fatos essenciais relativos à infração e assunção da responsabilidade por parte do infrator.

Embora não haja um momento estabelecido dentro dos encontros restaurativos, isto é, procedimental para sua realização, pode a prática anteceder a própria acusação, ocorrer antes ou após a sentença ou no curso da própria execução da pena, deve haver indícios que sustentem o recebimento de uma acusação formal para que possa ela ser iniciada.

O que se propõe neste trabalho acadêmico é uma abordagem diferenciada de implantação da justiça restaurativa a fim de diminuir a violência juvenil. Para tanto é importante que sejam promovidos diversos debates entre os atores sociais ligados a escola, a comunidade, o poder público e a sociedade civil mobilizada.

Faz-se necessário ressaltar que a justiça restaurativa embora seja um instituto de acesso à justiça presente na esfera criminal, onde tem como principal finalidade o encontro facilitado das partes, o uso do diálogo, a reparação do dano e atenção especial à vítima. Essa abordagem vem tomando dimensão cada vez maior, sendo utilizada na comunidade e na escola, apresentando como uma de suas finalidades a diminuição sistemática da criminalidade.

REFERÊNCIAS

BOMBARDA, Fernanda. **DO CÓDIGO DE MENORES AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Um Avanço na Reinserção Social do Adolescente em Cumprimento da Medida Sócio-Educativa de Liberdade Assistida**, 2010. Disponível em http://forum.ulbratorres.com.br/2010/ Mesa_texto/MESA%20%20C.pdf. Acesso em: 10 maio 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 20. maio 2013.

_____. **Lei 8069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 30 maio 2013.

_____. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 12. set 2012

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 9ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 13ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas.** 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÉNDEZ, Emilio García. **Evolución histórica del derecho de la infancia:** Por que una historia de los derechos dela infancia. In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabiliza-ção. ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (orgs). São Paulo: ILANUD, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO ameaça interditar Centro Juventude da FUNAC no Bacanga. **O Estado do Maranhão**, São Luís. 12 out 2012, Polícia, p.4

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SIQUEIRA NETO, Lélío Ferraz de Silva (Coord). **Manual prático das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude: adolescente em conflito com a lei.** vol 1. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo - CAOP Cível e de Tutela coletiva, 2012.

SOARES, Judá Jessé de Bragança. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do; MENDEZ, Emílio Garcia (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VOLPI, Mário. **Oficial de projetos do Unicef fala sobre a aplicação de medidas de internação.** Entrevistador: ILANUD. 2009. Entrevista concedida ao Promenino Fundação Telefônica. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/>. Acesso em: 20 de maio 2013.

PINTO, Gomes. **Justiça Restaurativa: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento-PNUD.** Brasília: Org, 2005.