

DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
NOS PROCEDIMENTOS DE APURAÇÃO DE INFRAÇÃO PENAL
ATRIBUÍDA A MENORES

PEDRO LUIZ DE MELO
Promotor de Justiça — SP

VALTER SALVADOR CHIAMARELI
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: I — Introdução; II — O Código de Menores e a Legislação Adjetiva;
III — Da Apuração da Infração Penal; IV — Aplicação Subsidiária do
Código de Processo Penal; V — Questões de Interesse Prático; VI —
Encerramento.

I — INTRODUÇÃO

O Estado é uma instituição sócio-político-jurídica que tem por finalidade precípua a realização do bem-comum, expressão esta bastante ampla que contempla a paz, a segurança, o lazer, o aperfeiçoamento moral, intelectual e material do ser humano. Para que o Estado consiga se desincumbir desta vasta tarefa é investido de poder, conferido pela Sociedade, o qual é tripartido em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. A este último Poder cabe a Administração da Justiça, detendo, portanto, o monopólio da Administração da Justiça.

Muitos são os conflitos que surgem no dia-a-dia entre os homens, e entre estes e o próprio Estado, os quais acabam procurando o Poder Judiciário (Estado-Juiz) para a composição dos conflitos. As questões são as mais variadas possíveis envolvendo matéria cível, penal, comercial, trabalhista, eleitoral, e de menores entre muitas outras.

O Poder Judiciário para conhecer e compor os conflitos nas múltiplas questões que surgem precisa se valer de um instrumento que se chama “processo”, consistindo este numa sucessão de atos (propositura da ação, citação, interrogatório, defesa prévia, audiência de instrução, etc...) que culminam com a decisão final do Órgão Jurisdicional pondo fim ao litígio procurando dar a cada um o que é seu. Fernando da Costa Tourinho Filho dá a seguinte definição de processo:

“Ele é um complexo de atos que se sucedem, coordenadamente, com um objetivo comum, com uma causa finalis: a solução, a composição da lide.”

Em face das múltiplas questões existentes é que este instrumento — processo — ganha corpo próprio formando um conjunto autônomo de regras. Daí se falar em Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Processual Eleitoral, que nada mais são do que formas para realizar o Direito Material.

A necessidade deste instrumento — processo — atende também a imperativos de ordem constitucional na medida em que a Constituição Federal assegura a igualdade de todos perante a Lei e que nenhuma lesão a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário; ainda, que a instrução criminal será contraditória (artigo 153, §§ 1.º, 4.º e 16 da Constituição Federal).

II — O CÓDIGO DE MENORES E A LEGISLAÇÃO ADJETIVA

O Direito Menorista também tem suas regras próprias para a apreciação das questões que são submetidas à Justiça de Menores, embora não exista um conjunto autônomo de leis adjetivas como o Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, etc... O Direito Menorista é uma ciência relativamente nova. Embora exista notícia de que em 1693 teria surgido no Brasil a legislação a respeito de menores com a Carta Régia, e que em 1830 o Código Criminal do Império Brasileiro disciplinava o atendimento a menores que houvessem praticado ato anti-social aplicando medida de correção aos menores de 14 anos, somente em 12-10-27 surgiu no Brasil o primeiro Código de Menores, como consolidação ordenada, cuja elaboração se deveu ao primeiro Juiz de Menores da América Latina, José Cândido de Albuquerque Mello. Pode-se concluir que o Direito do Menor é uma ciência ainda em formação, motivo pelo qual não existe o direito adjetivo autônomo codificado.

O legislador quando elaborou o Código de Menores, Lei n. 6.697, de 1979, de 10 de outubro de 1979, além de tratar do Direito Material, inseriu vários artigos que disciplinam o processo menorista para se concluir pela situação irregular do menor, quer como carente, abandonado ou infrator.

Como foi dito acima, o Poder Judiciário para conhecer das questões que lhe são submetidas precisa se valer de um instrumento — o processo. O Juízo de Menores para conhecer das situações que envolvam menor de 18 anos, e de 18 a 21 nos casos previstos em lei (artigo 40, § 3.º, c/c o artigo 1.º, inciso I, do Código de Menores) que se encontrem em situação irregular, utiliza-se da sindicância. Este é o instrumento no qual se materializam os atos do procedimento (investigatório ou verificatório) para a apuração dos fatos visando uma decisão do Juízo de Menores que aplicará uma das medidas previstas na Lei de Menores. Difere do processo porque não há o mesmo rigor na

produção dos atos que levam ao esclarecimento da verdade para posterior decisão. Ainda, enquanto em outras leis adjetivas o processo possui característica de publicidade, salvo as restrições previstas na Lei, na sindicância menorista o princípio a ser observado é o do sigilo, dependendo a divulgação dos atos judiciais, policiais e administrativos de autorização judicial.

III — DA APURAÇÃO DA INFRAÇÃO PENAL

O legislador dedicou o Título I do Livro II, Capítulo I, inteiramente ao processo dando noções gerais de quem exerce a Jurisdição em 1.º Grau e 2.º Grau, através de quais instrumentos é exercida a Jurisdição de Menores, como serão aplicadas as medidas previstas no Código, e previu a possibilidade de o Juiz investigar livremente os fatos e ordenar as providências de ofício quando a medida a ser adotada não corresponder a procedimento previsto no Código de Menores ou em outra Lei. Em seguida fez inserir no parágrafo único do artigo 87 que:

“Aplicar-se-á na Jurisdição de menores, subsidiariamente, a legislação processual pertinente.”

Tal disposição é de grande relevo visto que, por esta norma de extensão, vai buscar em outra lei uma solução ou a adoção de um instituto não previsto no Código de Menores. No que se refere a apuração da infração penal atribuída a menor de 18 anos, o legislador dedicou apenas quatro artigos (artigos 99 a 103) que não esgotam a matéria, surgindo lacunas que são supridas com as regras e institutos do Código de Processo Penal. É este que define, por exemplo, o que é conexão, continência, prevenção, institutos aplicáveis também no Direito Menorista.

Inicialmente, no artigo 99 e parágrafos, cuidou da atividade policial na investigação de infração cometida por menor de 18 anos de idade, e da apresentação do menor à Autoridade Judiciária. Ainda, previu a possibilidade da Autoridade Policial solicitar ao Juiz de Menores a dilação do prazo de permanência do menor para diligência desde que o fato seja grave ou praticado em co-autoria com maior. Existe crítica no sentido de que este prazo de permanência se constitui na denominada “prisão cautelar”. No entanto isto não procede. Primeiro, porque a Autoridade Policial terá que requerer ao Juízo de Menores a permanência, fundamentadamente (infração grave ou co-autoria com maior), e o Juiz de Menores deverá justificar em despacho fundamentado porque defere ou não a permanência. Pode-se fazer aqui um paralelo com a figura da prisão preventiva. Segundo, porque a Autoridade Policial não está amparada por lei a permanecer com o menor sem autorização judicial para proceder a eventuais diligências necessárias ao esclarecimento da infração penal. Tanto é que a Autoridade Policial que apreender menor

de 18 anos a quem se atribua infração penal deverá, desde logo, encaminhá-lo à Autoridade Judiciária, ou na impossibilidade, encaminhá-lo a estabelecimento de assistência ou repartição policial especializada (artigo 99 e § 2.º do Código de Menores).

No artigo 100 estabeleceu o rito processual para a apuração da infração quando o menor contar com mais de 14 anos e menos de 18 anos à época do fato. No artigo 101 estabeleceu o rito a ser seguido quando o menor contar com mais de 10 anos e menos de 14 anos. Por fim, o rito a ser seguido quando o menor contar com menos de 10 anos de idade, artigo 102.

No artigo 103 o legislador introduziu no procedimento da apuração da infração penal atribuída a menor de 18 anos a obrigatoriedade, quando for o caso, da designação da audiência para a tentativa de composição do dano por ele causado. Tal providência se mostra salutar para a reeducação do menor. A partir do instante em que o menor percebe que o dano causado prejudicou não só a si mas também a seus pais, ou responsável, passará a refletir sobre o ato praticado e certamente não voltará a reincidir. Também fará com que seus pais exerçam maior vigilância.

Os procedimentos acima mencionados, e que estão descritos na Lei de Menores, por serem os previstos na legislação especial, afastam a incidência dos ritos previstos na legislação processual ordinária (reclusão, detenção, contravenção penal), ou leis especiais como a Lei de Tóxicos. Não há aqui a aplicação do parágrafo único do artigo 87 do Código de Menores. Isto porque o Código de Menores, por ser Lei Especial, prevalece sobre as demais. O que torna aplicável as normas processuais do Código de Menores diante de um fato previsto como infração penal é a presença de um elemento de ordem subjetiva, ou seja, a condição biológica do agente ser menor de 18 anos à época do fato.

IV — APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Pelo que foi visto no título acima podemos concluir que somente quatro artigos (99 a 103 do Código de Menores) não são suficientes para a solução das questões que surgem no Foro. Daí, utilizando-se da norma de extensão — artigo 87, parágrafo único — o Direito Menorista vai emprestar do Direito Processual Penal a adoção de soluções, noções, conceitos e institutos como forma de integração do Direito Processual do Menor. É do Direito Processual Penal que o Direito Menorista empresta noções, conceitos, soluções e institutos como Jurisdição, Competência, Conexão, Continência, Prevenção, Conflito de Jurisdição, Exceções (suspeição, incompetência do Juízo, Litispendência, coisa julgada), produção de provas (sobre estado de pessoas, interrogatório do imputado, testemunhas, perguntas ao ofendido, acareação, reco-

nhecimento, provas periciais, etc...) providências na órbita policial para a apuração da autoria e materialidade, busca e apreensão de objetos ou coisas obtidas por meios criminosos, audiência de advertência, audiência de liberdade vigiada, etc...

De uma maneira geral podemos afirmar que quase todos os institutos e normas do Código de Processo Penal, compreendendo o processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar, têm aplicação no Direito Menorista por força do disposto no parágrafo único do artigo 87 do Código de Menores, salvo quando este dispuser sobre o assunto, ou quando a medida contrariar o princípio de que a proteção e o interesse do menor sobrelevará qualquer bem ou interesse juridicamente protegido. Exemplos da primeira ressalva: — o procedimento previsto para apurar infração penal atribuída a maior de 14 anos e menor de 18 anos de idade; menor internado entre 18 e 21 anos fica sob a competência do Juízo de Menores, artigo 40, § 3.º do Código de Menores; pedido de permanência do menor por até cinco dias formulado pela Autoridade Policial à Autoridade Judiciária. Exemplo da segunda ressalva: — menor perseguido em flagrante delito que se oculta à noite em casa. Para o maior de 18 anos o executor da prisão deverá guardar todas as saídas da casa tornando-a incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão. Em se tratando de menor, basta intimar os pais ou responsável para a apresentação do menor à Delegacia de Polícia para o esclarecimento do fato (artigos 293/294 do Código de Processo Penal).

Mas, é claro que não existe no Direito Menorista o mesmo rigor formal da Legislação Processual Penal. Primeiro, porque as medidas serão aplicadas mediante procedimentos administrativos, no caso, procedimentos investigatórios, que não são rígidos pois podem sofrer alterações conforme a gravidade ou não do caso. Segundo, porque na aplicação da Lei de Menores o interesse do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. Em homenagem a este princípio é que não se exige para a instauração da sindicância o rigor da representação ou queixa do ofendido nos crimes contra os costumes nos quais o menor for o autor; não há a citação do menor mas sim a intimação dos pais ou responsável para a apresentação do menor em Juízo; não existe a figura do assistente de acusação; não se exige o rigor formal da lavratura do auto de prisão em flagrante quando o menor for surpreendido numa das hipóteses de flagrância; não se exige a representação por advogado constituído ou dativo que o Código de Menores tornou-a facultativa, salvo quando houver recurso.

Por que não se exige o rigor formal para o procedimento de apuração de infração penal atribuída a menor de 18 anos? Primeiro, porque a forma de conhecimento se desenvolve através

de um procedimento administrativo, no caso, procedimento investigatório, que por sua natureza não requer um ordenamento lógico-formal. Segundo, dependendo da gravidade do fato o menor poderá estar precisando de orientação, assistência e proteção. Não teria sentido erigir a absoluta obediência às exigências desses requisitos para verificar da situação do menor infrator quando o fulcro da questão é conhecer da sua personalidade para sabermos qual é o tratamento que deve ser desenvolvido, ou em outras palavras, qual é a medida a ser aplicada dentre as previstas no artigo 14 do Código de Menores, podendo partir de uma advertência e chegar até mesmo a uma internação. Se fosse exigido que se obedecesse os mesmos rigores formais que são exigidos para a apuração de infração penal atribuída ao maior estaria comprometida a finalidade de assistência e proteção do menor infrator, devendo o interesse do menor prevalecer. Há quem defenda a adoção, na área menorista, do mesmo rigor formal que é adotado para a apuração de infração penal atribuída ao maior. O assunto não é pacífico. Aquele entendimento exposto é fruto da experiência vivida na área de menores infratores.

O infrator, via de regra, é o menor sem família ou cuja família encontra-se desestruturada, motivo pelo qual precisa de orientação, assistência e proteção, ou seja, precisa ser reeducado. Cabe aqui um pequeno comentário a respeito da realidade brasileira. A partir da revolução de 1964 houve uma crescente concentração de riqueza na mão de poucos enquanto que os pobres continuaram cada vez mais pobres. Estes últimos proliferaram com tanta rapidez nos grandes centros e não conseguiram manter a família agregada devido a fatores sócio-econômicos, interferência na educação através da influência da televisão, revistas pornográficas, etc..., motivos pelos quais seus filhos se tornaram pessoas carentes e abandonadas. Muitos destes são os que vão constituir no futuro a clientela dos menores infratores, ou com desvio de conduta, que aportam no Juizado de Menores sem que o Estado, através dos seus órgãos competentes, e a família, na prática, na atualidade, possam oferecer algo de realmente promissor no sentido da recuperação. Este objetivo só poderá ser alcançado com medidas concretas nas áreas de educação, trabalho, saúde e habitação, em médio e longo prazo.

Concluindo o assunto acima sobre a não observância dos mesmos rigores formais na apuração de infração atribuída a menor, podemos afirmar que, desde que haja prova da materialidade da infração penal e certeza da autoria, já é o suficiente para a instauração da sindicância, ou até mesmo a apreensão do menor dependendo da gravidade do fato, dos seus antecedentes, da sua situação sócio-familiar, etc...

Contudo, o que acima foi dito a respeito da informalidade do processo menorista não elide a possibilidade de haver custódia ou até mesmo início de sindicância sem justa causa. A Lei Processual Penal, aplicada subsidiariamente ao Código de Menores, artigo 648, prevê as hipóteses de constrangimento ilegal, cabendo a impetração de Habeas Corpus. A Constituição Federal assegura que ninguém poderá sofrer constrangimento ilegal na sua liberdade de ir e vir, ou sofrer ameaça desse constrangimento, facultando ao paciente o remédio constitucional do Habeas Corpus para a garantia desse direito. Uma decisão que determina a internação provisória, ou mesmo definitiva, sem justificar os motivos da retirada do menor do seu convívio social é decisão nula que reflete um constrangimento ilegal. O menor, seus pais ou responsável, e seu defensor têm o direito de saber qual foi o embasamento que serviu à medida aplicada. A Autoridade Policial também não poderá permanecer com o menor, devendo encaminhá-lo, desde logo, à Autoridade Judiciária, ou à Delegacia Especializada ou Estabelecimento de Assistência se não puder fazê-lo desde logo. Se assim não proceder será possível a impetração do Habeas Corpus.

V — QUESTÕES DE INTERESSE PRÁTICO

Não é propósito deste trabalho discorrer a respeito das figuras e institutos do Código de Processo Penal visto que são noções já conhecidas daquele Direito Adjetivo. No entanto trazemos à colação algumas questões de interesse prático que surgem no Fôro e que se relacionam com a aplicação subsidiária da Legislação Processual Penal e Direito Menorista.

Da competência

Neste tópico vamos tratar da competência em razão da matéria, em razão do território e em razão das normas de organização judiciária.

a) Em razão da matéria — O que torna o Juízo de Menores competente para conhecer da sindicância e aplicar medidas aos menores infratores é a presença de um elemento de ordem subjetiva, ou seja, a condição biológica do agente de ser menor de 18 anos de idade à época do fato. Este limite de idade está fixado pelo Direito Penal, artigo 27 do Código Penal, artigo 23 antes da reforma de 1984, tendo em vista que o legislador ao editar o Código Penal de 1940 entendeu que os agentes abaixo desta idade são inimputáveis. Sempre que um menor de 18 anos, à época do fato estiver envolvido em infração penal o Juízo competente será o Juízo de Menores.

O termo "infração penal" utilizado pelo legislador é bastante amplo. Compreende as infrações penais previstas na legislação

penal comum bem como os crimes previstos na Lei de Imprensa, os previstos na Legislação Eleitoral, Lei de Segurança Nacional, etc...

b) Em razão do território — Estabelecida a competência material, cumpre saber qual dos Juizes de Menores é o competente para conhecer da sindicância. O Código de Menores estabelece no artigo 88, parágrafo 1.º, que o Juízo competente nos casos de infração penal ou desvio de conduta é o do local onde ocorreu a ação ou omissão, observando-se as regras de conexão, continência e prevenção, adotando neste passo o mesmo critério do artigo 70 do Código de Processo Penal.

Ensina Hélio Tornaghi que:

“Nenhum Juiz mais indicado para conhecer de um fato do que o da localidade na qual ocorreu a infração (*forum delicti commissi*). Para nenhum outro será tão acessível o corpo de delito e tão fácil a prova. Diante de nenhum outro se logrará tanta economia. Em nenhuma outra parte se conseguirá melhor efeito tranquilizador da distribuição da Justiça” — “Comentário ao Código de Processo Penal”, (Forense, vol. 1, t. pág. 158).

Na mesma esteira Paulo Lúcio Nogueira ensina que:

“realmente, a autoridade do local da infração, geralmente a policial, quando toma conhecimento do fato criminoso praticado, tem mais fácil acesso às provas ou indícios, que são coletados imediatamente, devendo enviá-los ao juiz competente, que determinará a providência cabível.”

É muito comum menores de outras Comarcas serem surpreendidos infracionando em Comarca diversa. Equivocadamente não se instaura a sindicância no local da infração, remetendo-se o expediente e o menor para a Comarca de onde é proveniente o menor com o intuito de nesta ser instaurada a sindicância. Isso ocorre reiteradamente com os menores que moram na Capital e infracionam nas Comarcas vizinhas do Interior. Aquele entendimento prevaleceu no passado. Com a vigência do Código de Menores a competência é do Juízo do local da infração. Paulo Lúcio Nogueira assim discorre sobre o assunto:

“Em se tratando de prática de infração penal, o § 1.º fixa o lugar da ação ou omissão como competente para apreciar os casos, modificando o critério geral ou que se adotava anteriormente — o do local da residência — para seguir a regra geral estabelecida inclusive no artigo 70, caput, do Código de Processo Penal para as infrações comuns.”

Cumpre aqui fazer uma observação. O artigo 88, parágrafo 1.º, do Código de Menores, que trata da competência territorial, equiparou o desvio de conduta à infração penal. Logo, pode-se concluir que o Juízo competente para conhecer da infração

penal atribuída a menor de 18 anos será também competente para conhecer do desvio de conduta. O desvio de conduta é um comportamento irregular, reprovável, que não chega a constituir infração penal. Exemplos: a) prostituição não é crime, mas é evidente que o menor que se prostitui está apresentando desvio de conduta; b) andar com mau elemento não é crime, mas é evidente que o menor que está reiteradamente andando com pessoa de má conduta está apresentando desvio de conduta.

c) Em razão das normas de organização judiciária — Quando no território houver apenas um Juiz na Comarca a este caberá também a função de Juiz de Menores. No entanto, quando existir mais de um Juiz as normas de organização judiciária fixarão qual deles é o competente para exercer, cumulativamente ou não, a Jurisdição de Menores, cabendo a este conhecer e decidir das sindicâncias para a apuração de infração penal atribuída a menores de 18 anos através do procedimento investigatório.

A competência territorial, ou seja, quando houver mais de um Juiz, encontra-se distribuída de acordo com a resolução número 02 de 15 de dezembro de 1976 e as modificações posteriores, dentre estas a Lei n. 3.947, de 08 de dezembro de 1983, que criou as quatro Varas Especiais de Menores, artigo 5.º, cabendo-lhes a competência referente às infrações penais imputadas a menores de 18 anos.

d) Competência no Foro da Capital. Com o advento da Lei n. 3.947, de 08 de dezembro de 1983, foram criados os Foros Regionais, e com esta Lei foi instituído o Juizado de Menores do Tatuapé com a criação de quatro Varas Especiais de Menores. Das Quatro Varas Especiais apenas três estão instaladas no Foro Regional do Tatuapé. Por força do artigo 5.º da mencionada Lei, cabe às quatro Varas a competência referente às infrações penais imputadas a menores de 18 anos que ocorram em todo o território da Comarca da Capital. Esta Lei foi omissa quanto à competência nos casos de desvio de conduta. Entendemos ser também o Juízo competente para conhecer do desvio de conduta em face da equiparação feita pelo artigo 88, parágrafo 1.º do Código de Menores.

Quais os critérios para resolver sobre a competência das três Varas Especiais existentes no Foro Regional do Tatuapé — Comarca da Capital?

1.º) Competência em razão da Distribuição — As peças que instruem o expediente noticiando a infração cometida por menor de 18 anos são distribuídas para uma das Varas Especiais.

2.º) Competência em razão da Prevenção — A partir desta distribuição o Juízo que primeiro tomou conhecimento da

primeira infração do menor será o competente para conhecer das demais infrações e executar as medidas impostas no procedimento.

Curador de Menores

Este deverá ter vista dos autos sempre que a Autoridade Judiciária tiver que proferir despacho ou decisão em procedimento investigatório. O Curador de Menores funciona como fiscal da lei e velará pelo interesse do menor visando sempre a sua reeducação dentro do espírito contido no artigo 13 do Código de Menores que diz que toda medida aplicável ao menor visará à sua integração sócio-familiar.

Além das manifestações sobre qual medida a ser aplicada, o Curador manifesta-se também sobre pedidos de permanência solicitados pela Autoridade Policial, pedidos da FEBEM e Institutos que abrigam menores para saídas de passeios, visitas a família, entrevistas para a obtenção de emprego, etc.

O Curador de Menores funcionará como parte nos casos de perda do pátrio poder (artigo 104 combinado com o artigo 44 do Código de Menores) quando os pais, ou responsável, derem causa à situação irregular do menor concorrendo para a prática de infração. Exemplo: pais que incentivam o menor a mendigar ou furtar vivendo desse expediente.

No desempenho das suas funções o Curador de Menores terá livre acesso a todo local onde se encontre menor. Na Capital são realizadas visitas às Unidades de Recepção da FEBEM e às suas Unidades Educacionais que abrigam menores infratores.

Ainda, atende no seu gabinete pais ou responsável que buscam informações a respeito do menor, cabendo-lhe a orientação àqueles de como procederem diante da problemática apresentada pelo menor.

Do defensor do menor

O menor infrator pode pessoalmente constituir defensor por instrumento particular se tiver mais de 16 anos de idade devendo ser assistido pelos pais ou responsável nos termos da Lei Civil, segundo a melhor doutrina (RT, 575/105, 573/196, 561/91), embora haja entendimento minoritário reconhecendo a necessidade de instrumento público. O menor abaixo de 16 anos deverá ser representado pelo responsável por instrumento particular. Além do menor, seus pais ou responsável também podem constituir advogado para defender o interesse do menor. É um caso de legitimação extraordinária em que a lei permite a outra pessoa defender em nome próprio direito alheio. É isto

se justifica porque os pais, que detêm o pátrio poder, têm o dever de velar e defender os interesses do menor. O mesmo se diz quanto à figura do responsável a quem cabe zelar pelo menor e seus interesses.

A presença de advogado no processo menorista não foi encarada pelo legislador como obrigatória, salvo quando houver recurso. Desde que o menor, ou seus pais ou responsável, não concordem com a decisão do Juízo, poderá recorrer para a Segunda Instância contratando advogado, pessoa de conhecimento técnico e que melhor do que a própria parte defenderá seus direitos.

A experiência na área de menores infratores tem demonstrado que o bom defensor é aquele que se preocupa com o menor sob o aspecto integração sócio-familiar, e não com interesses imediatos que poderão influir negativamente no processo de desenvolvimento psicológico do menor, ser que ainda está formando a sua personalidade para assumir os deveres e obrigações dos adultos. O defensor que estiver dotado daquele espírito virá somar esforços com o Juiz, o Curador e demais órgãos auxiliares, interessados na reeducação do menor que muitas vezes precisa até permanecer internado para ser reeducado.

Do assistente de acusação

Muitas vezes surgem advogados pretendendo funcionar como assistente da acusação justificando a pretensão com base no artigo 87, parágrafo único do Código de Menores. Ao nosso ver descabida é a pretensão pelos seguintes motivos:

a) não existe a figura do acusador oficial (como parte). O Promotor de Justiça atua como curador do menor velando pelo que é melhor para o menor, e fiscaliza a aplicação da Lei.

b) Não há previsão legal no Código de Menores da figura do assistente de acusação. No entanto nada obsta que a própria vítima, ou seu patrono, ingresse em Juízo trazendo a prova da materialidade e da autoria atribuída a menor, pois, além de contribuir com a obtenção da verdade real que interessa para conhecimento da situação do menor e seu tratamento, poderá pleitear a composição do dano nos termos do artigo 103 do Código de Menores. Mas, a vítima, ou seu procurador, não terá legitimidade para pleitear que se aplique qualquer medida ao menor.

c) o interesse do menor está acima do interesse da parte.

Reparação do dano

O artigo 103 do Código de Menores possibilita a reparação do dano, se for o caso, devendo o Juízo designar audiência para

a composição do dano, que será reduzido a termo, e depois de homologado valerá como título executivo nos termos da lei processual civil. Esta disposição do artigo 103 do Código de Menores se assemelha com o artigo 63 do Código de Processo Penal que trata da ação civil ex delicto. Difere porque nesta a sentença condenatória é que serve de título executivo judicial, enquanto que naquela, não havendo condenação, é a própria composição das partes que dá ensejo à lavratura do termo que depois de homologado servirá como título executivo judicial. Porém, o interesse precípuo não é reparar o dano das partes, mas sim medida que visa a despertar no menor as conseqüências do ilícito praticado funcionando como uma das fases do processo reeducativo. Ainda, fará com que seus pais, ou responsável, exerçam maior vigilância sobre os passos do menor.

Audiência de advertência e liberdade assistida

O Código de Menores é silente a respeito da necessidade da realização de audiência para a aplicação da medida de advertência. Em face do parágrafo único do artigo 87 do Código de Menores, deve-se aplicar o disposto no artigo 698 do Código de Processo Penal que estabelece a necessidade de audiência de admoestação em caso de deferimento da suspensão condicional da pena. A solenidade do ato serve como medida reeducativa onde o Juiz deverá orientar o menor das conseqüências que advirão em caso de reincidência, e ainda, na hipótese de aplicação da mesma medida aos pais, ou responsável, aconselhá-los a evitar condutas que possam concorrer para a prática de infrações pelo menor.

O mesmo procedimento deve ser adotado quando o menor for colocado no regime de liberdade assistida para que tome conhecimento das condições que foram impostas e que tais medidas visam a sua proteção e reeducação.

Agente maior de 18 anos preso em flagrante que se apresenta como menor

Muitas vezes surgem no Juízo de Menores autores de infração penal que na Polícia se dizem menores de idade com o exato propósito de escapar ao flagrante, acabando por alcançar esse fim visto que são devolvidos à Delegacia de origem dois ou três dias depois quando ultrapassado o prazo de 24 horas para a entrega da nota de culpa, tendo a Autoridade Policial de baixar portaria para a instauração do inquérito policial. Em se tratando do direito de liberdade não se pode usar de interpretação ampliada para justificar o retardamento da nota de culpa, ainda que o agente tenha dado causa, sob pena de haver constrangimento ilegal passível de Habeas Corpus.

De acordo com a experiência na área de menores infratores, seria interessante que fossem adotadas as seguintes recomendações:

a) que a Autoridade Policial esgote todas as diligências possíveis para obter a prova de idade do agente (certidão de nascimento, cédula de identidade, etc.);

b) que a Autoridade Policial, com a qualificação fornecida pelo agente e a sua individual dactiloscópica, consulte o IIRGD visando obter informações a respeito de eventuais procedimentos contra ele instaurados;

c) que a Autoridade Policial procure o apoio do setor de identificação da FEBEM com a qualificação do agente e sua individual dactiloscópica buscando legitimar o infrator, pois, caso registre passagem anterior pela Fundação, certamente haverá documento que comprove sua real identidade. Seria recomendável que a Secretaria da Segurança Pública, em entendimento com o Juízo de Menores e FEBEM, baixasse resolução orientando os Delegados de Polícia para assim procederem.

VI — ENCERRAMENTO

O presente trabalho procurou inicialmente demonstrar qual é a posição do Direito Adjetivo de Menores em face dos demais ramos do Direito, e o alcance da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal em vista do parágrafo único do artigo 87 do Código de Menores.

Algumas questões de ordem prática foram abordadas e apontadas as sugestões e soluções com reflexo na vivência por nós sentida na área de menores infratores. As posições adotadas podem não ser definitivas, mas podem servir de início à discussão, necessária para o amadurecimento das idéias e rumos que o Direito Processual Menorista poderá seguir no sentido de melhor servir à causa do menor.

Cumprir destacar que há muito para se escrever sobre o tema uma vez que existe pouca doutrina a respeito.

FONTES DE PESQUISA

1. Comentários ao Código de Menores — PAULO LÚCIO NOGUEIRA.
2. Menores — DES. ADRIANO MARREY.
3. Temas de Direito do Menor — Coordenação das Curadorias de Menores do Ministério Público do Estado de São Paulo.
4. Código de Menores Comentado — ANTONIO LUIZ RIBEIRO MACHADO.
5. Processo Penal — FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.